فلسفة القانون الجنائي الإسلامي

أحمد محمد عبد الرؤوف المنيفي



فلسفة القانون الجنائي الإسلامي

أحمد محمد عبد الرؤوف المنيفي
وكيل نيابة – اليمن



دار "أمازون"- يوليو 2018

فلسفة القانون الجنائي الإسلامي

المؤلف: **أحمد محمد عبد الرؤوف المنيفي**

يمكنك الكتابة الى المؤلف على العنوان التالي:

ahmedalmoniefy@gmail.com

قال تعالى:

(ونزلنا الكتاب تبيانا لكل شيء)

النح

الفهرس

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

يحاول هذا الكتاب أن يستجلي الأسس التي يقوم عليها التشريع الجنائي الإسلامي والغايات التي يرمي إلى تحقيقها من خلال أحكامه . وبما أن الشريعة الإسلامية ما أنزلت إلا لتحقيق مصالح الناس , فإن التشريع الجنائي الإسلامي كجزء من هذه الشريعة لا بد وأن يقصد إلى تحقيق تلك الغاية , وهي تحقيق مصالح الناس من خلال تشريع العقوبات المختلفة التي تحمي تلك المصالح من الإهدار او الإختلال .

إن الناظر في كتب الفقه الجنائي الإسلامي بوجه عام يجد أن تلك الغايات والأسس قد ظلت مغطاة بالأتربة لفترة طويلة من الزمن , فلم تلق عناية كافية في تلك الكتب , بل اقتصرت الكتب الفقهية التقليدية على تناول أحكام الجرائم والعقوبات كمسائل جزئية , منفصلة عن مقاصدها وغاياتها التي ترمي لتحقيقها , مما جعل هذه الأحكام محصورة ومحدودة التطبيق , وعاجزة عن استيعاب ما يجد من جرائم ووقائع غير مشروعة .

يقدم هذا الكتاب رؤية جديدة تماما للتشريع الجنائي الاسلامي تختلف عن كثير من كتب الفقه الاسلامي التقليدية في أنها تقوم على الغايات والمقاصد البعيدة التي تقف خلف نصوص الجرائم والعقوبات . والهدف من هذه الرؤية الجديدة هو أن ربط التشريع الجنائي بالغايات والمقاصد يجعل

نصوص هذا التشريع مرنة صالحة لكل زمان ومكان وقادرة على استيعاب مستجدات الجرائم . وبالتالي يضع الفقه الاسلامي في طريق التجديد نظريا وعمليا .

أحسب أن هذا الكتاب هو الأول من نوعه في العالم العربي في مجال فلسفة التشريع الجنائي الإسلامي . فلم يسبق حسب علمي أن تناول كتاب ما فلسفة التشريع الجنائي الاسلامي بالدراسة والتحليل . فأحمده سبحانه وتعالى على فضله ومنته علي وأسأله أن يتقبل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن ينفع به .

والحمد لله رب العالمين

أحمد محمد المنيفي

الفصل الأول

سياسة التجريم في الشريعة الاسلامية

تمهيد : مفهوم الجريمة

الجريمة في الفقه الاسلامي

تعرف الجرائم في الفقه الاسلامي بأنها: محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير [1]، والمقصود بالمحظور الشرعي أي العمل الممنوع شرعا، سواء كان فعلا أو تركا، أي سواء كان فعل محرم، أو ترك واجب.

وأما الزجر فهو الردع بالعقوبة، وهو في الشرع إما عقوبة مقدرة كالحدود والقصاص، وإما غير مقدرة كالتعزير.

فالجريمة إذا هي فعل أو ترك معاقب عليها بالقصاص أو الحدود أو التعزير.

ولا تثور أي صعوبة في تحديد الجرائم المعاقب عليه بالقصاص أو الحدود، لأن هذه الأفعال قد نص عليها الشارع فحدد بالنص الفعل المجرم وعقوبته، فضلا عن أنها محدودة العدد، فهي لا تتجاوز سبع جرائم في الحدود بالإضافة الى جرائم الاعتداء على النفس المعاقب عليها بالقصاص.

وإنما تثور الصعوبة في تحديد الجرائم التي يعاقب عليها بالتعزير، فهذه الجرائم من ناحية تشمل كل ما عدا جرائم القصاص والحدود، وبالتالي فهي لا تنحصر ولا يمكن تحديدها كما أنها تتغير وتتجدد بتغير الزمان والمكان، فكل عصر يأتي معه بجرائم جديدة لم تكن في الزمن الذي

سبقه وهكذا. ولذلك قال الخليفة عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس اقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

ومن ناحية أخرى فإن سلطة التجريم في التعزير متروكة لولي الأمر، فله أن يحدد الافعال التي تشكل جرائم بما يتناسب مع العصر الذي يعيش فيه وما يتجدد فيه من الافعال والنوازل.

ومع ذلك فسوف نرى أن ولي الأمر في الفقه الاسلامي لا يملك سلطة مطلقة في التجريم في جرائم التعزير، بل لا بد أن يلتزم بضوابط واسس معينة لتحديد ما يعد من الأفعال جريمة وما لا يعد كذلك.

والشريعة الاسلامية كانت أسبق في تحديد الضوابط والاسس التي يقوم عليها تجريم الأفعال من القانون الوضعي، فجعلت الأساس في التجريم هو المصالح الضرورية الخمسة التي يستحيل أن تبيحها شريعة من الشرائع، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وعاقبت على إفسادها بأشد العقوبات، وأما القانون الوضعي فإنه لم يتوصل إلى هذه الأسس إلا في العصر الحديث، وأما قبل ذلك فقد كان التجريم يسير خبط عشواء ورهن بشهوة الأقوياء والحكام وأهوائهم. فالقانون الروماني مثلا كان يعتبر إعسار المدين جريمة ويتيح للدائنين استرقاق المدين المعسر مقابل الدين أو قتله وتقسيم جثته بينهم، في حين أتت الشريعة الاسلامية بالحث على الرحمة بالمدين المعسر وانظاره إلى حين ميسرة، قال تعالى (فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) [2]. وأما في عهود الملكيات المطلقة في أوروبا فإن أهواء الحاكم كانت هي القانون، وكان ما يعتبر جرما هو ما يتعارض مع هوى الحاكم[3].

ومع ظهور السياسة الجنائية المعاصرة على يد عدد من المفكرين الغربيين في القرن الثامن عشر بدأ التجريم في الغرب يأخذ الأسس العلمية، وأصبح يعتمد على مدى خطورة الفعل ومساسه بالمصالح والقيم الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع ووجوده، فكلما كان الفعل الغير مشروع يصيب بالضرر أو يهدد المصالح والقيم الجوهرية اللازمة للحفاظ على كيان المجتمع ووجوده، فإنه يشكل جريمة وفقا للسياسة الجنائية الحديثة [4]. ومع ذلك فإنه بالنظر إلى أن المصالح والقيم الاساسية التي يقوم عليها كيان المجتمعات تختلف بحسب اختلاف المذاهب والفلسفات التي يعتنقها كل مجتمع، وبحسب نظمه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فقد أفضى ذلك إلى اختلاف التجريم ضيقا واتساعا من دولة إلى أخرى بحسب اختلاف الأسس والمذاهب الفلسفية لها، حتى نشأت في

العصر الحديث ظاهرة الاسراف في التجريم لدى كثير من الدول، وامتد التجريم إلى أفعال لا ضرورة لتجريمها اصلا لأنها لا تشكل خطرا على كيان المجتمع، مما أدى إلى تضخم القوانين الجنائية بشكل كبير في المجتمعات المعاصرة، فنشأت نتيجة لذلك الدعوة إلى مبدأ اللاتجريم بحيث لا يتم التجريم إلا إذا وجدت ضرورة اجتماعية تستوجبه من حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد أو حماية المصالح الاجتماعية.

استقرت القوانين الوضعية في العصر الحديث على تجريم الاعتداء على مجموعة من المصالح الجوهرية والاساسية تتمثل في الحفاظ على حياة الافراد وعلى أموالهم وعقولهم وعرضهم وقيمهم الخلقية الاساسية. فجرمت التشريعات الحديثة جميع صور الاعتداء المختلفة على النفس الانسانية مثل القتل والجرح وأنواع الايذاء المختلفة التي تمس سلامة جسم الانسان، وكانت تهدف من ذلك إلى حماية مصلحة الحفاظ على حياة الانسان في جريمة القتل، ومصلحة الحفاظ على سلامة جسمه في الجرائم التي دون القتل مثل الجرح والايذاء الخفيف [5].

كما جرمت التشريعات الحديثة أشكال مختلفة من الاعتداء على المال مثل السرقة والنصب وخيانة الأمانة والاتلاف ونحوها من الجرائم التي تختلف حسب نوع المال المعتدى عليه، وما إذا كان عقارا او منقولا، ماديا أو معنويا، وكل ذلك بهدف حماية مصلحة جوهرية من مصالح المجتمع هي مصلحة الحفاظ على المال.

وهكذا بالنسبة لبقية المصالح الخمسة.

والناظر إلى أسس التجريم في العصر الحديث يجد إشارة لا تخطؤها العين في اعتماد التجريم على المساس بالمصالح الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، إذ أن هذه المصالح التي جعلها القانون الوضعي الحديث أساس التجريم هي ذاتها المصالح الضرورية التي توصلت الشريعة إلى جعلها أساس التجريم قبل العصر الحديث بقرون طويلة.

وعلى الرغم من ذلك، فإنه حتى في الصورة الحديثة لسياسة التجريم في القانون الوضعي نجد أن هذه السياسة رهن برغبة الحكام أو بالمذاهب الفلسفية والسياسية، فكلما تغير مذهب الدولة أو حكامها تغيرت معه سياسة التجريم والقوانين الجنائية المعمول بها، وهكذا، مما يؤدي إلى تغير القوانين الجنائية وعدم ثباتها من فترة إلى أخرى، ومن نظام إلى آخر.

وعلى العكس من ذلك سنرى أن سياسة التجريم في الشريعة الاسلامية تقوم على اسس عادلة ثابتة لا تتغير مهما تغير الحاكم، بل هي صالحة لكل زمان ومكان. وذلك لأن الشريعة الاسلامية هي شريعة منزلة من عند الله الذي هو أدرى بما يصلح عباده.

المبحث الأول: ضوابط التجريم

تمهيد:

يتناول هذا المبحث الضوابط والمبادئ التي يلتزمها المشرع عند قيامه بتجريم الأفعال، وهي ضوابط عامة يتحراها المشرع المسلم في التطبيق وتساعده على التوازن في التجريم، فلا يشتط ويسرف في التجريم بما يمس حريات الأفراد، ولا يفرط فيه فيترك المصالح الضرورية بدون حماية، وهي تتضمن ثلاثة ضوابط رئيسية نتناولها على النحو التالي:

المطلب الأول: مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص

ويعبر عنه أيضا في الفقه الجنائي المعاصر بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومعنى هذا المبدأ في الفقه الوضعي أن الفعل لا يوصف بأنه جريمة إلا إذا نص القانون عليه وجرمه، وأما قبل ذلك فلا يكون الفعل جريمة ولا يعاقب فاعله، فلا يجوز للقاضي ولا لأي سلطة في الدولة أن تجرم أي فعل أو تعاقب الفرد على فعل لا ينص القانون على أنه جريمة، فالقانون هو الوحيد الذي يحدد الجرائم والعقوبات، وهو الذي يرجع اليه لمعرفة ما اذا كان فعل ما يعد جريمة ام لا.

والحكمة من هذه القاعدة هي ألا يفاجأ الانسان بتعرضه للقبض والحبس والمحاكمة عن فعل لم يسبق له أن أنذر به، وإلا أصابه القلق والاضطراب توجسا من المفاجآت وعجز عن أداء نشاطه وعمله الذي يتوقف عليه حركة التطور [6].

ويترتب على هذا المبدأ مبدأ آخر غاية في الأهمية وهو مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي، بمعنى عدم جواز تطبيقه على الأفعال التي وقعت قبل صدوره، فإذا صدر قانون يجرم فعل لم يكن مجرما قبله ويقرر له عقوبة فلا يجوز تطبيق هذا القانون على ما وقع من الافعال قبل صدوره.

وذلك لأن انسحاب التجريم إلى سلوك تحقق في الماضي معناه اعتبار هذا السلوك جريمة رغم أنه في وقت إتيانه، لم يكن قد وجد بعد القانون الذي ينص على أنه جريمة، فيكون ذلك بمثابة تقرير جريمة وعقوبة بدون قانون[7].

وهذا المبدأ الذي يعد ضمانة للأفراد ويقيد حرية السلطات في التجريم والعقاب توصل إليه الفكر القانوني الوضعي في القرن الثامن عشر بعد قرون من الاستبداد والظلم، وكان أبرز من نادى به الفيلسوف الايطالي بيكاريا، في كتابه الشهير الذي صدر حول الجرائم والعقوبات.

وأما في الشريعة الاسلامية فإن القاعدة المقررة عند جمهور اهل السنة هي أن الأفعال لا توصف بأنها محرمة إلا بعد ورود التشريع الذي يحرمها، وأما قبل ورود التشريع فإن الفعل لا يكون جريمة، وإذا فعله الشخص فإنه لا يستحق الذم ولا يعاقب وذلك لعدم وجود النص المحرم، ويعبر الأصوليون عن هذه القاعدة بقولهم "" لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع "".

واستدل الجمهور بقوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) الاسراء: 15، فهذه الآية دلت على أن العقاب دنيويا كان أو أخرويا على فعل شيء أو ترك شيء لا يكون إلا بعد الرسالة ونزول التشريع الإلهي وبلوغ الدعوة [8]، وأما قبل الرسالة فلا عقاب [9]، ولا توصف الأفعال بالحرمة أو الوجوب، لأن الحرمة والوجوب منتفية قبل البعثة [10]. قال الإمام الشاطبي في الموافقات: (فمن ذلك عدم المؤاخذة قبل الإنذار، ودل على ذلك إخباره تعالى عن نفسه بقوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا)، فجرت عادته في خلقه أنه لا يؤاخذ بالمخالفة إلا بعد إرسال الرسل، فإذا قامت الحجة عليهم (فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر)، و(لكل جزاء مثله)[11]).

وكذلك بقوله تعالى (لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل) النساء: 165، فلو كانت الحجة عليهم قبل البعثة لما قال إنما ابعث الرسل لأقطع حجة المحتج [12]. فمفهوم الآية يدل على قيام حجتهم وثبوت عذرهم قبل البعثة [13]. وأنه لا حجة بمجرد العقل[14].

واستدلوا على هذه القاعدة أيضا بآيات أخرى كثيرة منها قوله تعالى (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا) القصص: 59، وقوله تعالى حكاية عن الملائكة في خطاباتهم مع أهل النار (ألم يأتكم رسل منكم) الأنعام: 130، (ألم يأتكم نذير) الملك: 8، فهذه المخاطبات تدل على أن الحجة لزمت الكفار بالسمع لا بالعقل[15]، أي بعد بلوغهم الدعوة ونصوص التشريع الإلهي وليس قبل ذلك.

فهذه الآيات استدل بها جمهور العلماء على مبدأ "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع". ومؤدى هذا المبدأ أن الفعل لا يوصف بالتحريم أو الوجوب إلا بالنص من الشارع، وأما قبل ورود النص الذي يتضمن التحريم أو الوجوب فإنه لا يكون هناك حرج في فعل الشيء أو تركه [16]، ولا يؤاخذ فاعله ولا يستحق الذم أو العقاب حتى يرد نص التحريم، وهذا هو مبدأ الشرعية أو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون الذي عرفته التشريعات والدساتير الحديثة، إلا أن الشريعة الاسلامية قد سبقت اليه قبل قرون طويلة من الان.

ومع ذلك فقد ذهب فريق من المسلمين وهم المعتزلة إلى أن العقل يدرك ما في الفعل من حسن أو قبح قبل ورود الشرع، وأن هذه الأفعال تكون مستلزمة للثواب والعقاب تبعا لما فيها من حسن أو قبح حتى قبل نزول النص الذي يحرم أو يوجب، إلا أن هذا الرأي مردود عليه بقصة تحريم الخمر، فقد بين الله تعالى أن فيها مضار ومنافع، وأن مضارها أكثر من منافعها فقال تعالى (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما) البقرة: 219، ومع ذلك فإن المسلمين استمروا في شربها حتى نزلت آية التحريم في سورة المائدة بقوله تعالى (فاجتنبوه) المائدة: 90، فقبل آية التحريم لم يتوقف المسلمين عن شرب الخمرة رغم ادراكهم ما فيها قبح وإثم بنص القرآن، ولم يؤاخذهم الله تعالى على ذلك ولم يستوجبوا ذما أو عقابا إلى أن نزل التحريم الصريح فعند ذلك توقفوا عن شربها وكسروا أوانيها واراقوها على الأرض وعوقب من عاد اليها منهم بعد التحريم، فدل ذلك أنه لا يكفي لتحريم الفعل والعقاب عليه مجرد ادراك ما فيه من قبح، بل لا بد من النص على تحريمه.

قال الامام الشاطبي: (كما في الأشياء التي كانت في أول الاسلام على حكم الاقرار ثم حرمت بعد ذلك بتدريج كالخمر، فإنها كانت معتادة الاستعمال في الجاهلية ثم جاء الاسلام فتركت على حالها قبل الهجرة وزمانا بعد ذلك، ولم يتعرض في الشرع للنص على حكمها حتى نزل

(يسألونك عن الخمر والميسر) البقرة: 219 فبين ما فيها من المنافع والمضار وأن الاضرار فيها أكبر من المنافع، وترك الحكم الذي اقتضته المصلحة وهو التحريم، لأن القاعدة الشرعية أن المفسدة إذا اربت على المصلحة فالحكم للمفسدة والمفاسد ممنوعة. فبان وجه المنع فيهما، **غير أنه لما لم ينص على المنع وإن ظهر وجهه تمسكوا بالبقاء مع الأصل الثابت لهم بمجاري العادات، ودخل لهم تحت العفو إلى أن نزل ما في سورة المائدة من قوله تعالى (فاجتنبوه) فحينئذ استقر حكم التحريم وارتفع العفو، وقد دل على ذلك قوله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) المائدة: 93، الآية. فإنه لما حرمت قالوا: كيف بمن مات وهو يشربها؟ فنزلت الآية، فرفع الجناح هو معنى العفو.** ومثل ذلك الربا المعمول به في الجاهلية وفي أول الاسلام وكذلك بيوع الغرر الجارية بينهم، كبيع المضامين والملاقيح والثمر قبل بدو صلاحه، وأشباه ذلك، كلها كانت مسكوتا عنها، وما سكت عنه فهو في معنى العفو، والنسخ بعد ذلك لا يرفع هذا المعنى)[17].

- **مبدأ عدم رجعية القانون في الشريعة الاسلامية:**

رأينا أن من اهم نتائج مبدأ الشرعية الجنائية هو مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي، أي عدم تطبيقه على الأفعال التي سبقت صدوره، وانما يقتصر تطبيقه على الأفعال اللاحقة لصدوره ونفاذه، فهل يوجد هذا المبدأ في الشريعة الاسلامية؟

الواقع أن هذا المبدأ يمكن استخلاصه من عدد من الوقائع التي ذكرها الامام الشاطبي في الفقرة السابقة التي نقلناها عنه، فقد رأينا أنه بعد نزول تحريم الخمر بقوله تعالى (فاجتنبوه) لم يؤاخذ المسلمين الذين شربوه قبل نزول التحريم، ولم يستحقوا الذم أو العقاب على ذلك، كما أن المسلمين بعد نزول التحريم سألوا عمن مات من اخوانهم وقد شربه [18]، فأنزل الله تعالى الآية (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) المائدة: 93، وأخبر بالآية عن رفع الجناح عنهم وعدم مؤاخذتهم به، فدل ذلك كله أن النص الذي حرم الخمرة لم يطبق بأثر رجعي وإنما طبق من تاريخ نزوله فقط ومثل ذلك الوقائع التي ذكرها والخاصة بالبيوع المحرمة والربا، فكلها كانت مسكوتة عنها ولم تحرم إلا بالنص عليها، ثم عندما حرمت لم تطبق بأثر رجعي.

وكذلك ما روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم ترك الدور التي قسمت في الجاهلية على حالها ولم يطبق عليها أحكام الإسلام. قال الإمام ابن عاشور: (ومن رحمة الشريعة أنها أبقت للأمم معتادها وأحوالها الخاصة إذا لم يكن فيها استرسال على فساد. ففي الموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال **((أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية، وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام)).** وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة: ((وهل ترك لنا عقيل من دار)) يريد أن عقيل بن أبي طالب فوتها في حكم الجاهليه فلم ينقضه رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فتح مكة)[19].

المطلب الثاني: مبدأ الضرورة في التجريم

- **قاعدة الأصل في الأشياء الاباحة**

خلق الله تعالى لنا الأرض وما فيها من أنواع المأكولات مثل الثمار والأشجار والمزروعات والحبوب والحيوانات المأكولة من الأنعام والطير والسمك في البحر، والمشروبات مثل الأنهار ومياه الأمطار والآبار، وأنواع الزينة مثل الذهب واللؤلؤ والمرجان، وغير ذلك من النعم ووسائل العيش التي لا تحصى، **لكي ننتفع بها في حياتنا** أكلا وشربا وركوبا وزينة وغير ذلك من وجوه الانتفاع التي يهتدي إليها الانسان بهذه المخلوقات، وقد دل على ذلك أدلة كثيرة مثل امتنان الله تعالى علينا بهذه النعم في آيات كثيرة وعديدة من القرآن (خلق لكم ما في الأرض جميعا) البقرة: 29، والأمر بالانتفاع بها في بعض الآيات (يا ايها الناس كلوا مما في الارض حلالا طيبا) البقرة: 168، ونهي المؤمنين عن تحريمها (يا ايها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم) المائدة: 87، وذمه من عمد من الخلق إلى تحريمها على الناس (قل ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا، قل آلله أذن لكم أم على الله تفترون) يونس: 59، فدل ذلك كله على أن الأصل في الأشياء التي خلقها الله على الأرض هو الإباحة، وأن الله تعالى قد أباح لنا الانتفاع بكل ما في الأرض من المخلوقات وتناول ما يحفظ بقائنا وأنفسنا وعقولنا وكل ما يعيننا على القيام بالطاعات والواجبات التي كلفنا الله بها.

وقد دلت آيات كثيرة من القرآن الكريم على هذه القاعدة منها [20]:

1-قوله تعالى (وهو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا) البقرة: 29، فهذه الآية دلت على أن الأصل في الأشياء التي خلقها الله هو الإباحة إلا ما ورد الشرع بتحريمه [21]، وان الله تعالى قد خلق لنا جميع ما في الأرض لكي ننتفع به في أمور دنيانا [22]، وأباح لنا الانتفاع بالمخلوقات بأنواع الانتفاع أكلا وشربا ولباسا وتداويا وركوبا وزينة [23]، وغير ذلك من أنواع الانتفاع التي نهتدي اليها في حياتنا.

2-قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير) الأنعام: 145، فالآية جعلت الأصل الإباحة والتحريم استثناء [24].

3-قوله تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق) الاعراف: 32، فقد أنكر تحريم الزينة التي خلقت للعباد والطيبات من الرزق، مما يدل على أن الأصل فيها كلها الإباحة [25].

4- قوله تعالى (أحل لكم الطيبات) المائدة: 5، فهذه الآية تقتضي حل المنافع بأسرها [26].

- **التحريم استثناء ولا يكون إلا لضرورة:**

أباح الله تعالى لنا الانتفاع بالأشياء المخلوقة بأوجه الانتفاع التي نهتدي إليها وأن نتناول من هذه الأشياء ما نتقوى به على الطاعة وما نحفظ به أنفسنا ومعيشتنا وبقاءنا في هذه الدنيا، ولم يحرم علينا منها إلا القليل الذي يخل بمصالح العباد ويضر بهم، مثل القتل الذي فيه فناء الانسان، والخمر الذي يذهب العقل وينشر العداوة والبغضاء، والزنا الذي يفضي إلى اختلاط الانساب وفقدان التربية والنشأة للأولاد، والسرقة والاعتداء على المال الذي يضر بمال الانسان الذي هو قوام حياته.

فالتحريم في الشرع ليس هو الأصل، وإنما هو استثناء من أصل الاباحة للضرورة، وذلك من أجل حفظ المصالح الضرورية الخمسة مما يكر عليها بالإخلال والفساد، والدليل على أن التحريم استثناء من الأصل ولا يكون إلا لضرورة هو أن الشارع ذم القصد إلى التحريم في غير وجود ضرورة تستوجبه، ونهى المسلمين عن كثرة الاسئلة والاستفصال الذي يؤدي إلى نزول التحريم، فدل ذلك على ان الأصل في الاشياء والأفعال هو الإباحة، وأن التحريم استثناء لا يجوز إلا لضرورة تستوجبه.

وقد بين الإمام الشاطبي ذلك فقال (كان النبي صلى الله عليه وسلم يكره كثرة السؤال فيما لم ينزل فيه حكم، بناء على حكم البراءة الأصلية إذ هي راجعة إلى هذا المعنى، ومعناها أن الأفعال معفو عنها، وقد قال صلى الله عليه وسلم (إن أعظم المسلمين في المسلمين جرما من سأل عن شئ لم يحرم، فحرم عليهم من أجل مسألته). وقال (ذروني ما تركتكم فإنما هلك من قبلكم بكثرة سؤالهم، واختلافهم على انبيائهم، ما نهيتكم هنه فانتهوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم). وقرأ عليه السلام قوله تعالى: (ولله على الناس حج البيت) الآية، فقال رجل يارسول الله أكل عام؟ فأعرض، ثم قال: يارسول الله أكل عام؟ فأعرض، ثم قال: يا رسول الله أكل عام؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (والذي نفس محمد بيده لو قلتها لوجبت، ولو وجبت ما قمتم بها، ولو لم تقوموا بها لكفرتم، فذروني ما تركتكم) ثم ذكر معنى ما تقدم، وفي مثل هذا نزلت: (يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم) الآية. ثم قال: (عفا الله عنها) أي عن تلك الأشياء فهي إذا عفو. وقد كره عليه السلام المسائل وعابها ونهى عن كثرة السؤال، وقام يوما وهو يعرف في وجهه الغضب، فذكر الساعة، وذكر قبلها أمورا عظاما ثم قال: (من أحب ان يسأل عن شيء فليسأل عنه، فوالله لا تسألوني عن شيء إلا أخبرتكم به ما دمت في مقامي هذا) قال أنس: فأكثر الناس من البكاء حين سمعوا ذلك، وأكثر رسول الله ان يقول: سلوني، فقام عبد الله بن حذافة السهمي، فقال: من أبي، قال: أبوك حذافة، فلما أكثر أن يقول سلوني، برك عمر بن الخطاب على ركبتيه، فقال يارسول الله، رضينا بالله ربا، وبالاسلام دينا، وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا، قال: فسكت رسول الله حين قال عمر ذلك، فنزلت الآية. وظاهر من هذا المساق أن قوله سلوني في معرض الغضب تنكيل بهم في السؤال حتى يروا عاقبة السؤال)[27].

مبدأ الضرورة في الفكر الجنائي الحديث:

يتقيد التجريم في الفكر الجنائي الحديث بمبدأ الضرورة والتناسب، ومعنى هذا المبدأ أن التجريم لا يجوز الالتجاء اليه إلا في حالة الضرورة لحماية مصلحة عامة أو لحماية حقوق وحريات الأفراد من الضرر أو الخطر، والتي تكون جديرة بهذه الحماية بواسطة التجريم والعقاب، ولذلك فإنه يجب على المشرع الموازنة ومراعاة التناسب بين الحقوق والحريات التي يتم حمايتها بالتجريم والعقاب وبين تلك الحقوق والحريات التي يفضي التجريم إلى المساس بها وإهدارها، وأن يقتصر

في التجريم فقط على ما لا يمكن التسامح فيه من مظاهر سلوك الأفراد [28]. وإذا كان الفكر الجنائي الوضعي قد توصل إلى مبدأ الضرورة في التجريم في العصر الحديث، فإن الشريعة الاسلامية كما رأينا قد قررته قبل ذلك بقرون طويلة، ووضعت وحددت ضوابط الضرورة بالاخلال بالمصالح الضرورية للأفراد، في حين لا يزال الفكر الوضعي يجد صعوبة كبيرة في وضع محددات وضوابط للتجريم، مما أدى إلى الاسراف في العقاب والتجريم في كثير من القوانين الحديثة.

المطلب الثالث: الابتعاد عن الأهواء في التجريم

أن اعتبار الفعل أو الشيء مفسدة توجب التجريم أو مصلحة توجب الاذن لا ينظر فيه المشرع إلى أهواء الناس ورغباتهم، وإنما ينظر فيه إلى الشرع، فإذا كان الفعل يخل بمقاصد الشرع فهو مفسدة توجب التجريم والتعزير ولو كان يوافق هوى الناس أو يحقق لهم لذات أو مصالح عاجلة في الدنيا، لأن الناس قد يعتبرون ما هو مفسدة مصلحة لأنه يجلب لهم اللذات والمتع في الحياة الدنيا، ولو كان يفضي بهم إلى خسارة الآخرة، فيجب على المشرع المسلم أن لا ينساق وراء أهواء الناس ورغباتهم، وأن يحمل الناس على ما يحقق لهم السعادة في الدارين، الدنيا الآخرة، وليس في الدنيا فقط، لأن المطلوب منه إقامة الحياة الدنيا في المجتمع المسلم لأجل الحياة الآخرة، لا لأجل الحياة الدنيا، يقول الإمام الشاطبي: (المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية، أو درء مفاسدها العادية)[29].

عدم جواز اتباع الهوى في التشريع:

وقد استدل الإمام الشاطبي على هذه القاعدة بما يلي:

1-إن الشريعة الاسلامية جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم إلى عبادة الله تعالى، ولذلك جاءت بالأحكام التي تحرم عليهم كثيرا من المخالفات والجرائم، وتوجب عليهم واجبات وتكاليف، وكل ذلك فيه مضادة لأهوائهم ورغباتهم، ثم حملتهم على الانقياد لكل تلك التكاليف والأحكام بتقرير العقاب في الدنيا والوعيد في الآخرة، وهو ما يدل على أن الأصل في الشريعة

الإسلامية عدم اتباع الأهواء والرغبات، وإذا كان هذا هو الأصل فإن المشرع المسلم يجب أن يسير عليه ويلتزم به. يقول الامام الشاطبي (المقصد الشرعي من وضع الشريعة اخراج المكلف من داعية هواه،.. والدليل على ذلك أمور:

أحدها: النص الصريح الدال على أن العباد خلقوا للتعبد لله تعالى، والدخول تحت أمره ونهيه، كقوله تعالى (وما خلقت الجن والانس إلا ليعبدون)....

والثاني: ما دل على ذم مخالفة هذا القصد، من النهي أولا عن مخالفة أمر الله وذم من أعرض عن الله، وإيعادهم بالعذاب العاجل من العقوبات الخاصة بكل صنف من اصناف المخالفات، والعذاب الآجل في الدار الآخرة، وأصل ذلك اتباع الهوى والانقياد إلى طاعة الأغراض العاجلة، والشهوات الزائلة، فقد جعل الله اتباع الهوى مضادا للحق، وعده قسيما له، كما في قوله تعالى (يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله) ص: 26، وقال تعالى (فأما من طغى، وآثر الحياة الدنيا، فإن الجحيم هي المأوى) وقال في قسيمه: (وأما من خاف مقام ربه ونهى النفس عن الهوى، فإن الجنة هي المأوى) النازعات: 37 -41، وقال (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى) النجم: 3،4، فقد حصر الأمر في شيئين: الوحي وهو الشريعة، والهوى، فلا ثالث لهما، وإذا كان كذلك فهما متضادان، وحين تعين الحق في الوحي توجه للهوى ضده، فاتباع الهوى مضاد للحق، وقال تعالى (أفرأيت من اتخذ إلهه هواه وأضله الله على علم) الجاثية: 23، وقال (ولو اتبع الحق أهوائهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن) المؤمنون: 71، وقال (أولئك الذين طبع الله على قلوبهم واتبعوا أهوائهم) محمد: 16، وقال: (أفمن كان على بينة من ربه كمن زين له سوء عمله واتبعوا اهوائهم) محمد: 14، وتأمل فكل موضع ذكر الله تعالى فيه الهوى فإنما جاء به في معرض الذم له ولمتبعيه)[30]

2-أنه ثبت بالتجارب والعادات أن المشرع لو اتبع أهواء الناس ورغباتهم وشهواتهم في تجريم الافعال والاشياء، فسيفضي ذلك إلى فساد نظام المجتمع والى التهارج والتقاتل وانتشار الفتن، لأن مصالح الناس وأهوائهم متعارضة، فالانسياق ورائها لا بد أن يؤدي إلى الفساد، كما قال تعالى: (ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن)، المؤمنون: 71.

يقول الامام الشاطبي في ذلك (ما علم بالتجارب والعادات من أن المصالح الدينية والدنيوية لا تحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى، والمشي مع الأغراض؛ لما يلزم في ذلك من التهارج

والتقاتل والهلاك، الذي هو مضاد لتلك المصالح، وهذا معروف عندهم بالتجارب والعادات المستمرة، لذلك اتفقوا على ذم من اتبع شهواته، وسار حيث سارت به، حتى أن من تقدم ممن لا شريعة له يتبعها، أو كان له شريعة درست، كانوا يقتضون المصالح الدنيوية بكف كل من اتبع هواه في النظر العقلي، وما اتفقوا عليه إلا لصحته عندهم واطراد العوائد باقتضائه ما أرادوا من اقامة صلاح الدنيا، وهي التي يسمونها السياسة المدنية، فهذا أمر قد توارد النقل والعقل على صحته في الجملة. وهو أظهر من أن يستدل عليه) [31].

3-ان المنافع والمضار نسبية للاشخاص فما يعد منفعة لشخص قد يكون ضرر لشخص آخر، وحتى بالنسبة للشخص الواحد فإن ما يعد منفعة في وقت وحال، قد يعد مضرة في وقت وحال أخرى، وكذلك أغراض الأشخاص تختلف، فما يريده شخص قد لا يريده آخر، فإذا نفذ غرض شخص تضرر الآخر وهكذا، فاتباع الأهواء والرغبات إذن متعذر ومستحيل مع هذا الوضع، ولذلك وجب على المشرع أن يتبع ما يقضي به الشرع مطلقا من غير نظر إلى أهواء الناس ورغباتهم[32].

فلسفة المصلحة محل الحماية : المبحث الثاني:
فلسفة المصلحة محل الحماية الجنائية في الشريعة الاسلامية

المطلب الأول: قاعدة اعتبار المصالح في الشرع

1- الشريعة الاسلامية قصد بها تحقيق مصالح الناس:

الشريعة الاسلامية ما وضعت الا لتحقيق مصالح الناس في العاجل والآجل [33]، في الدنيا والآخرة، وقد دل على ذلك الاستقراء لأحكام الشريعة، فقد تتبع العلماء الآيات والأحاديث النبوية فوجدوها معللة بالمصالح المقصودة منها، وما من حكم أو أمر في باب المعاملات إلا وهو مقرون بالمصلحة المقصودة منه، مما يدل على أن الشارع الحكيم إنما قصد بهذه الأحكام تحقيق مصالح الناس [34].

2- الادلة على قصد الشريعة لتحقيق المصالح:

وقد استدل العلماء على أن الشريعة الاسلامية يقصد بها تحقيق مصالح العباد بأدلة عديدة، عامة وجزئية، منها ما يلي:

أ- **بعثة الرسل:** وذلك أن الله تعالى ما بعث الرسل إلا رحمة بالعباد قال تعالى (وما ارسلناك إلا رحمة للعالمين) الانبياء: 107.

والرحمة بالعباد في الدنيا تكون بتحقيق مصالحهم الدنيوية ورفع الحرج عنهم، وأما في الآخرة فإنها تكون بهدايتهم الى الخير وطريق النجاة والفوز بالنعيم المقيم في الجنة.

قال الإمام العضد في هذه الآية (وظاهر الآية التعميم، أي يفهم منه مراعاة مصالحهم فيما شرع لهم من الأحكام كلها، إذ لو أرسل بحكم لا مصلحة لهم فيه لكان ارسالا لغير الرحمة، لأنه تكليف بلا فائدة، فخالف ظاهر العموم) [35].

وقال الامام الغزالي في الآية (لا ننكر أن الرسل عليهم السلام بعثوا لمصالح الخلق في الدين والدنيا)[36]

ب- **تعليل الأحكام:** توسعت الشريعة في بيان علل الأحكام والنصوص وذل بالنص على الحكم مع بيان ما يترتب عليه من مصلحة بطرق متعددة ومختلفة، فيأمر الشارع بالفعل ويبين ما يترتب على اتيانه من تحقيق منفعة للناس، وينهى عن الفعل مع بيان المفسدة التي فيه، وكان هذا النهج من أعظم الأدلة على اعتبار المصالح في الأحكام، وعلى أن الشارع الحكيم ما انزل الأحكام الا لمصالح العباد، في العاجل والآجل، في الدنيا والآخرة [37].

ومن أمثلة تعليل النصوص والأحكام في القرآن والسنة **[38]:**

-تعليل تحريم الخمر بما يترتب عليها من المفاسد الدينية والدنيوية مثل الصد عن الذكر والصلاة واثارة الشحناء والعداوة والاقتتال بين الناس، قال تعالى (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) البقرة: 91.

-تعليل تقسيم الفيء وتحديد مصارفه بالمصلحة من هذا التقسيم والتحديد، وهي منع احتكار الأغنياء للمال، لأن احتكار المال واقتصار تداوله على الأغنياء فيما بينهم فقط يؤدي إلى الاضرار بالفقراء وحرمانهم من المال، قال تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى، فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم) سورة الحشر: 7.

-تعليل الأمر بالاستعداد للقتال واعداد العدة له من القوة والسلاح بما يثيره ذلك من الرهبة والخوف في قلوب الأعداء فيمتنعون عن محاربة المسلمين والاعتداء عليهم ويكفونهم القتال والخراب، قال تعالى (واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) الأنفال: 60.

-تعليل الأمر بالاستئذان بأنه من أجل حفظ البصر لكيلا يقع نظر الانسان على شئ مما حرم الله النظر إليه، قال صلى الله عليه وسلم (إنما جعل الاستئذان من أجل البصر).

-تعليل عدم نجاسة سؤر الهرة بأنها تطوف في البيوت ولا يمكن التحرز منها وتغطية الأواني في كل وقت وحين، فيلحق الناس الكثير من الحرج لو حكم بنجاسة سؤرها، قال صلى الله عليه وسلم (إنها ليست بنجس، إنها من الطوافين عليكم والطوافات).

-تعليل النهي عن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها بما يترتب على الفعل من مفسدة كبيرة وهي مفسدة قطع الرحم، فقال صلى الله عليه وسلم (إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم).

-تعليل الأمر بالزواج للقادر عليه بما يترتب على الزواج من مصالح وهي حفظ البصر والفرج من الحرام، قال صلى الله عليه وسلم (يا معشر شباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج).

وتعليلات الأحكام والنصوص في القرآن والسنة أكثر من أن تحصى، فما من حكم إلا وهو مقرون بعلته والمصلحة المقصودة منه، على اختلاف في طرق الاشارة الى العلة أو المصلحة من نص إلى آخر، مما يدل على أن الشريعة إنما قصد بها تحقيق مصالح الناس، قال الإمام عز الدين ابن عبد السلام (الشريعة كلها مشتملة على جلب المصالح كلها، دقها وجلها، وعلى درء المفاسد بأسرها دقها وجلها، فلا تجد حكما لله إلا وهو جالب لمصلحة عاجلة أو آجلة، أو عاجلة وآجلة، أو درء مفسدة عاجلة أو آجلة، أو عاجلة وآجلة)[39].

وتعليل الأحكام وبيان المصالح المترتبة عليها يجعل المكلفين أقرب الى طاعتها، لأنهم يدركون وجه المنفعة التي في الأمر، أو وجه المفسدة التي في النهي، فيمتثلون لها عن رغبة وإدراك أنها لمصلحتهم، قال الإمام العضد: (التعليل هو الغالب على أحكام الشرع، وذلك لأن تعقل المعنى

ومعرفة أنه مفض إلى مصلحة أقرب إلى الانقياد من التعبد المحض، فيكون أفضى إلى غرض الحكيم)[40].

3- أنواع المصالح في الشريعة الإسلامية:

تتبع العلماء المصالح الكلية والجزئية للأحكام في مختلف فروع وأبواب الشريعة، فوجدوها ترجع إلى حفظ ثلاثة أنواع من المصالح؛ الضرورية، والحاجية، والتحسينية، وذلك على النحو التالي:

أ- **المصالح الضرورية:** وهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدنيا والدين، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم[41].

أي أن المصالح الضرورية هي مصالح لا بد منها للحفاظ على كيان المجتمع، والاخلال بها يؤدي إلى انتشار الفوضى والفساد والاقتتال داخل المجتمع بما يهدد كيانه ووجوده بالخطر.

والمصالح الضرورية باتفاق العلماء هي خمسة مصالح؛ حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، حفظ المال.

أدلة المصالح الضرورية: وقد ثبتت هذه الضروريات الخمس بالاستقراء، فالعلماء وجدوا بالاستقراء أن جميع أحكام الشريعة ونصوصها العامة تدور حول حفظ هذه المصالح الضرورية الخمسة ومنع الاخلال بها، فما من حكم جزئي أو عام في الشريعة إلا ويدخل في هذه المصالح الخمسة الضرورية، إما بالحفظ لها وتنميتها وتحصيلها، أو بالمنع من الاخلال بها وحمايتها ودرء المفاسد عنها، قال الإمام الشاطبي في الموافقات (اتفقت الأمة بل سائر الملل على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس: وهي الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل. وعلمها عند الأمة كالضروري، ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين، ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه، بل علمت ملاءمتها للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد..... فنحن إذا نظرنا في حفظ النفس نجد النفس نهي عن قتلها، وجعل قتلها موجبا للقصاص، متوعدا عليه، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك، ووجب سد رمق المضطر، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر

على اصلاح نفسه، واقيمت الحكام والقضاة والملوك لذلك، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة، والدم، ولحم الخنزير، إلى سائر ما ينضاف لهذا علمنا يقينا تحريم القتل)[42]

وقال أيضا (وذلك أن هذه القواعد الثلاث – أي المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية – لا يرتاب في ثبوتها شرعا أحد ممن ينتمي إلى الاجتهاد من أهل الشرع، وأن اعتبارها مقصود للشارع.

ودليل ذلك استقراء الشريعة، والنظر في أدلتها الكلية والجزئية، وما انطوت عليه من هذه الأمور العامة، على حد الاستقراء المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص، بل بأدلة منضاف بعضها إلى بعض، محتلفة الأغراض، بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة، على حد ما ثبت عند العامة جود حاتم، وشجاعة علي رضي الله عنه وما أشبه ذلك، فلم يعتمد الناس في إثبات قصد الشارع في هذه القواعد على دليل مخصوص، ولا على وجه مخصوص، بل حصل لهم ذلك من الظواهر والعمومات، والمطلقات والمقيدات، والجزئيات الخاصة، في أعيان مختلفة، ووقائع مختلفة، في كل باب من أبواب الفقه، وكل نوع من أنواعه، حتى ألفوا أدلة الشريعة كلها دائرة على الحفظ على تلك القواعد، هذا مع ما ينضاف إلى ذلك من قرائن أحوال منقولة وغير منقولة)[43]

الحفاظ على المصالح الضرورية: الحفاظ على المصالح الخمس الضرورية في الشريعة يكون إما من جانب الوجود، وإما من جانب العدم، قال الإمام الشاطبي: (والحفاظ لها – أي المصالح الضرورية – يكون بأمرين:

أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم)[44].

الحفاظ على المصالح الضرورية من جانب الوجود: الحفاظ من جانب الوجود للدين يكون بالأمر بالعبادات المختلفة مثل الصلاة والزكاة والصيام ونحوها، وللنفس يكون باباحة المأكولات والمشروبات والملبوسات، وايجاب الانفاق والصدقات والزكوات، وللعقل يكون بالتعليم والتمرين والأمر بتحصيل العلوم النافعة عموما، وللنسل يكون بشرع الزواج واحكام الزوجية والمعاشرة

بالمعروف ونحوها، وللمال بشرع المعاملات المختلفة مثل البيع والعقد على المنافع في الحد الذي يبلغ الضرورة.

الحفاظ على المصالح الضرورية من جانب العدم: ويكون بشرع العقوبات المختلفة التي تدرأ الإختلال عنها، فالحفاظ على الدين من جانب العدم بشرع حد الردة وشرع الجهاد، وعلى النفس من جانب العدم بشرع القصاص والديات، وعلى العقل بشرع حد الخمرة وتحريم المسكرات، وعلى النسل بشرع حد الزنا وتحريم دواعيه مثل الخلوة ونحوها، وعلى المال بشرع حد السرقة وحد الحرابة والضمان لاتلاف الأموال وتحريم الغصب وأكل أموال الناس بالباطل [45].

ب- المصالح الحاجية: وهي التي يفتقر اليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة[46].

فالمعيار للمصالح الحاجية هو رفع الحرج والضيق عن المكلفين أو التوسعة عليهم، فكل مصلحة فيها رفع حرج وضيق على المكلفين، أو فيها توسعة عليهم، تدخل في المصالح الحاجية [47].

ومن أمثلة المصالح الحاجية: الرخص المشروعة في الأحكام في حالة المشقة بالمرض والسفر، مثل قصر الصلاة والجمع بين الصلاتين، ونحو ذلك، واباحة التمتع بالطيبات مما هو حلال من المأكولات والملابس والسكن ونحو ذلك، والمعاملات التي ليست ضرورية ولكنها من باب التيسير ورفع الحرج كالقراض والمساقاة والسلم، وفي الجنايات مثل العمل بالقرائن، وضرب الدية على العاقلة وما اشبه ذلك [48].

ت- المصالح التحسينية: وهي التي لا ترجع إلى ضرورة ولا حاجة ولكنها من باب التحسين والتزيين ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات [49].

ومن أمثلة المصالح التحسينية: مكارم الأخلاق ومحاسن الأداب مثل: إزالة النجاسة وأخذ الزينة ونوافل الخيرات والصدقات في العبادات، وآداب الأكل والشرب وتجنب الاسراف أو البخل في العادات، والمنع من بيع النجاسات في المعاملات وما اشبه ذلك من المحاسن الزائدة عن أصل المصالح الضرورية والحاجية والتي إذا فقدت لا تخل بأمر ضروري أو حاجي، وإنما تجري مجرى التزيين والتحسين [50].

مكملات المصالح :

يلحق بأصول المصالح الثلاثة ما هو كالمكمل أو التتمة لها , مما لا يخل فقده بهذه الأصول , مثال ذلك : المماثلة في القصاص , فهو يكمل حكمة القصاص على أتم وجه , ولكنه وصف تكميلي لا يؤدي الاخلال به إلى الاخلال بمصلحة النفس , وشرب قليل الخمر , فهو مكمل لأنه شرب القليل يدعو للكثير , فمنعه أفضى لتحقيق المقصود من التحريم , ولكن الاخلال به لا يؤدي إلى الاخلال بمصلحة ضرورية , وكذلك نفقة المثل وأجرة المثل وقراض المثل , كلها مكملة لمصلحة المال .

ومن أمثلة المكملات للمصالح الحاجية اعتبار الكفء ومهر المثل في زواج الصغيرة , فإن ألمقصود من النكاح حاصل بدونهما , لكن الأخذ بهما أفضى لدوام النكاح وتمام الألفة بين الزوجين .

وهذه القاعدة جارية في مراتب المصالح الثلاثة , والضابط فيها أنها أوصاف للمصالح الضرورية , أو الحاجية , أو التحسينية , وليست أصولا فيها [51].

ومن هذا القبيل أن المصالح الحاجية تعد مكملة للمصالح الضرورية والمصالح التحسينية مكملة للمصالح الحاجية[52] .

المطلب الثاني: تحديد المصلحة محل الحماية الجنائية

1- قصد الشارع عموم وإطلاق المصالح:

قصد الشارع هو أن تكون الأنواع الثلاثة من المصالح؛ الضرورية، والحاجية، والتحسينية، جارية على العموم والاطلاق في كل تكاليف الشريعة وفي عموم المكلفين، وأن لا يختل لها نظام ولا تنخرم، لأنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها لم يكن التشريع موضوعا لها[53].

.فالأنواع الثلاثة للمصالح : الضرورية , والحاجية , والتحسينية , هي قواعد عامة يجب أن تجري في أفعال المكلفين على العموم والاطلاق , فلا عمل يفرض , ولا حركة ولا سكون يدعى ,إلا ويجب أن تكون هذه القواعد الثلاث حاكمة عليه , سواء في الجزئيات أو الكليات , كما أنها قواعد

ثابتة من غير زوال , فلا يجوز نسخها أو رفع حكم من أحكامها مهما اختلفت أحوال المكلفين أو الأزمنة أو البيئات التي يعيشون فيها [54].

والحفاظ على جريان هذه المصالح بعموم واضطراد في جميع أحكام الشريعة وفي عموم المكلفين والمخاطبين والأحوال والبيئات هو مقصود الشارع , وهو واجب على الأفراد أنفسهم وعلى الدولة .

وتشريع العقوبات المختلفة والضمانات والتعويضات هو وسيلة إلى الحفاظ على جريان الأنواع الثلاثة من المصالح : الضرورية , والحاجية , والتحسينية بعموم واضطراد , من خلال حمايتها مما يؤدي إلى تعطيلها أو خرمها من الجرائم أو الأفعال الغير مشروعة الأخرى .

2- المصالح الضرورية هي محل الحماية الجنائية:

المصالح الضرورية الخمسة محرمة باتفاق العلماء، فلا يجوز شرعا المساس بها أو اهدارها بأي شكل من الأشكال، بل صرح العلماء بأن تحريم الاعتداء على المصالح الضرورية متفق عليه في جميع الشرائع والملل [55]، وذلك لأن هذه المصالح هي قوام الحياة وأساس حفظ النظام في أي مجتمع مهما كانت ديانته أو مذاهبه. والمتتبع لسياسة التجريم والعقاب في الشريعة الاسلامية يجد أن الشريعة الاسلامية قد اقتصرت على النص على عقوبات للاعتداء على المصالح الضرورية فقط، ولم تنص على أي عقوبات للإخلال أو الاعتداء على المصالح التكميلية أو التحسينية، فدل ذلك على أن الشريعة الاسلامية تعتمد المصالح الضرورية الخمسة كمعيار للتجريم، فما يمس هذه المصالح بالاخلال أو الفساد يكون محرما وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ويستوجب العقاب، سواء نص عليه الشارع أم لم ينص عليه، فإذا كان من الجرائم المنصوص عليها فتوقع عليه العقوبة المنصوصة، وأما إذا كان من الجرائم التي لم ينص عليها فيتعين عندئذ العقاب عليه تعزيرا [56].

وعلماء الأصول استنبطوا المصالح الضرورية الخمسة المقصودة بالحماية الجنائية من العقوبات التي نص عليها الشارع، ثم جعلوا هذه المصالح هي الأساس في التجريم والعقاب، قال الامام الغزالي في المستصفى (وهذه الأصول الخمسة – أي المصالح الضرورية الخمسة - حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح، ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر

المضل، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم، وقضاءه بإيجاب القصاص أدبه حفظ النفوس،وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف، وإيجاب حد الزنى إذ به حفظ النسل والانساب، وإيجاب زجر الغصاب والسراق، إذ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الخلق، وهم مضطرون إليها، **وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة، والزجر عنها يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل، وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق، ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقة وشرب المسكر)**[57]

فالامام الغزالي استنتج المصالح الضرورية الخمسة الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال من عقوبات الحدود والقصاص التي نص عليها الشرع، ثم جعل هذه المصالح الخمسة الضرورية هي أساس التجريم في الشريعة الاسلامية وفي الملل والشرائع الأخرى، بل يستحيل في نظره ألا تعاقب أي شريعة من الشرائع أو ملة من الملل على المساس بهذه المصالح واهدارها، ولذلك فإن الشرائع كلها اتفقت على تحريم الأفعال التي تهدر أو تفوت هذه المصالح مثل الكفر والقتل وشرب المسكر والزنا والسرقة.

3- جهة المصلحة أو المفسدة في الأشياء والافعال:

المصالح الموجودة في هذه الدنيا ليست مصالح خالصة، كما أن المفاسد ايضا ليست مفاسد خالصة، فكل مصلحة يشوبها مشقات في تحصيلها قلت أو كثرت، تقترن بها أو تسبقها أو تلحقها، مثال ذلك مصالح الانسان اللازمة لحياته مثل الأكل والشرب والملبس والسكن والزواج ونحوها , فهذه المصالح لا تنال إلا بمشقات وكد وتعب في السعي لها وتحصيلها .

وكذلك كل مفسدة يشوبها مصالح ولطائف تمهد اليها أو تقترن بها أو تليها، مثال ذلك الخمر والزنا والسرقة ونحوها نجدها مشوبة بالكثير من اللذات والمنافع التي تحصل للإنسان فيها.

فلا يوجد إذا في الدنيا مصلحة محضة أو مفسدة محضة، وأساس ذلك حكمة الله البالغة في الابتلاء والتمحيص للعباد، ولذلك قال تعالى (ونبلوكم بالشر والخير فتنة) الأنبياء: 7، وقال صلى الله عليه وسلم (حفت الجنة بالمكاره، وحفت النار بالشهوات).

والمنظور اليه شرعا في تحريم الفعل أو الشئ، أو الاذن به وإباحته، هو جهة المصلحة أو المفسدة الراجحة، فإذا كانت المصلحة في الفعل أو الشئ هي الراجحة، فإن الفعل أو الشئ يكون مشروعا ومأذونا به، وأما إذا كانت المفسدة التي في الشئ أو الفعل هي الراجحة، فإنه يكون محرما ويعتبر جريمة، وأما المصلحة المغلوبة أو المفسدة المغلوبة فإنها تكون ملغاة من الاعتبار، وغير مقصودة بالأمر أو النهي [58].

4- يرجع في معرفة الضرر والنفع إلى الشرع وليس إلى الهوى:

المنافع والمضار الواقعة في هذه الدنيا لا ينظر إليها شرعا باعتبار أهواء الناس وشهواتهم وإنما ينظر اليها من حيث هي وسيلة لاقامة الحياة الدنيا لأجل الآخرة، قال الإمام الشاطبي: (المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة شرعا إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية، أو درء مفاسدها العادية)[59].

فإذا كانت المنفعة وسيلة في تحقيق سعادة الناس في الدنيا والآخرة معا فهي جائزة , وأما إذا كانت وسيلة لتحقيق السعادة واللذة في الدنيا فقط ولكنها تفوت الآخرة , فليست بجائزة شرعا , لأن المقصود من هذه الحياة الدنيا أنها وسيلة للسعادة في الآخرة وليست مقصودة لذاتها .

وكذلك المضرة لا ينظر إليها باعتبار الهوى والشهوة، بل باعتبار الشرع، وباعتبار أن الحياة الدنيا ما هي إلى وسيلة لتحقيق السعادة الأبدية في الآخرة. فإذا كانت المضار وسيلة لتحقيق هذا المقصود فليست محرمة مثل العقوبات المختلفة وتناول الأدوية والعلاجات المؤلمة ونحو ذلك من الأمور التي تسبب الألم ولكنها وسيلة لحفظ مقاصد الشرع في الدنيا والآخرة، فهذه الأمور تكون جائزة. وأما إذا كانت المضار وسيلة لإفساد حياة الناس من حيث هي مؤدية إلى سعادة الآخرة، مثل القتل العدوان بغير حق والسرقة والخيانة وتناول المواد المخدرة والمسكرات ونحو ذلك من المفاسد والجرائم، فإنها تكون محرمة ويجب تجريمها والعقاب عليها.

وعلى ذلك لا يستمر الاطلاق في القاعدة التي قررها بعض علماء الأصول أن " الأصل في المنافع الإذن وفي المضار المنع "، بل يقيد ذلك بما كان منها خادما للحياة الآخرة ومقويا لجانبها فالأصل فيه الإذن، وما كان منها يصد عن الآخرة ويفسد طريقها فالأصل فيه التحريم [60].

5- يرجع في تحديد المصالح إلى الشرع لا إلى العقل:

تحديد المصلحة التي يجب جلبها أو تحصيلها، والمفسدة التي يجب درءها أو دفعها، لا يرجع فيه إلى العقل، وإنما يرجع فيه إلى الشرع، والسبب في ذلك أن تحديد المصلحة لو رجع إلى عقل الانسان فإنه قد يضل فيه ويغلب هواه وشهوته، فيعد ما هو مفسدة، مصلحة، والعكس، قال الإمام الشاطبي: (المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة شرعا إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية، أو درء مفاسدها العادية)[61].

والواقع شاهد بأن عقل الانسان يعجز عن إدراك المصالح غالبا من دون الشرع، فقد رأينا الناس في الجاهلية يجدون في وأد البنات وحرمان النساء من الميراث مصلحة في حين أن هذه الأفعال من أعظم المفاسد، كما رأينا بعض الشعوب الغربية في العصر الحديث تشرعن اللواط والزنا وهي أمور في غاية الفساد، قال الشيخ الدكتور حسين حامد حسان (كان أهل الفترة يرون المصلحة في وأد البنات، وحرمان البنات من الارث، وقتل غير القاتل، وما كانوا يعتقدون أن في شرب الخمر ولعب الميسر وزواج الأخدان، ونسبة الولد إلى غير أبيه، مفسدة. والقانون الروماني في أوج عظمته، كان يجيز للدائن أن يسترق مدينه في الدين، وإذا كان هناك أكثر من دائن، ولم يوجد من يرغب في شراء المدين، فإن القانون أعطى للدائنين حق قتل إقتسام جثة المدين، وما كان أحد في روما يرى أن في هذا الحكم مفسدة حتى جاء الإسلام بمبدئه العادل (فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، وأن تصدقوا خير لكم). والقانون الانجليزي ظل قرابة عشرة قرون يرى أن المصلحة في حرمان الاناث من الميراث، ولا زال القانون الأمريكي يرى المصلحة في إطلاق حرية الموصي ولو أدى ذلك إلى أن يوصي الشخص بكل ثروته إلى خليلته تاركا ورثته عالة يتكففون الناس. ولقد بدأ رجال الفقه والقضاء وعامة الشعب يحسون الخطورة والمفاسد التي تترتب على ترك هذه الحرية دون قيود، وآخر مثل لعرض الأهواء والشهوات في ثوب المصالح القانون الذي أقره مجلس العموم واللوردات الإنجليزي، وهو يجعل اللواط عملا مشروعا لا ضرر فيه على الفرد ولا على الجماعة)[62].

وإذا كان تحديد المصلحة أو المفسدة يجب أن يرجع فيه إلى الشرع وأن يعتبر فيه قصد إقامة الحياة الدنيا للآخرة، فإن العلماء قد توصلوا بالاستقراء إلى أن المصالح المقصودة للشرع والتي

يعتبر فيها إقامة الدنيا للآخرة هي خمسة أنواع سموها بالمصالح الضرورية، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فهذه المصالح الخمس الكلية هي التي يرجع إليها في تحديد ما هو مصلحة وما هو مفسدة شرعا، فما يدخل فيها فهو مصلحة، وما يضر بها فهو مفسدة، قال الامام الغزالي في المستصفى (أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة أو دفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة)[63].

فالإمام الغزالي يرى أن مقاصد الناس هي في جلب المنفعة ودفع المضرة، وأن مصلحة الناس هي في تحقيق هذه المقاصد، ولكن لأن الناس قد لا يدركون مصالحهم فيعدون ما هو مفسدة ظاهرة مصلحة وبالعكس، فإن المصلحة الحقيقية عنده هي ما يدخل في المصالح الخمسة الضرورية، فما كان فيه تحصيل لهذه المصالح الضرورية أو تنمية وتكثير لها فهو مصلحة، وما كان فيه إخلال بها أو إهدار لها فهو مفسدة.

إن استعمال العقل في إدراك المصالح لا يكون إلا من وراء النصوص، بأن يكون إصابة النص هو الهدف الذي يقصد من العقل، تماما مثل المصلي الذي يؤم القبلة، أو الحاج الذي يقصد الكعبة[64]، وذلك يكون بأن يجتهد الانسان بعقله في إدراك وجه المصلحة في الشئ أو الفعل، ثم يعرض ما أدركه من وجه المنفعة أو المفسدة على المصالح الجزئية المنصوصة، أو على هذه المصالح الضرورية العليا، فإذا كانت تدخل فيها كانت مصلحة، وإذا كانت لا تدخل فيها أو تضر بها فهي مفسدة[65].

يقول الامام الشاطبي (إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية، فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعا، ويتأخر العقل فيكون تابعا، فلا يسرح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل)[66].

ويقول أيضا (الأدلة العقلية إذا استعملت في هذا العلم فإنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية، أو معينة في طريقها، ومحققة لمناطها، أو ما أشبه ذلك، لا مستقلة بالدلالة، لأن النظر فيها نظر في أمر شرعي، والعقل ليس بشارع)[67]

المطلب الثالث : فلسفة الالزام في المصالح الضرورية

عنصر الإلزام والقهر :

الشريعة الاسلامية قصد بها تحقيق مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم , والمصالح هي المنافع والخيرات , أما المفاسد فهي الشرور والمضار , فالشريعة الاسلامية تقصد إلى جلب المنافع ودرء الشرور والمضار , ولكن المصالح ليست على وزان واحد , بل هي مختلفة الأنواع ومتفاوتة المراتب , ويقع في القلب من هذه المصالح , المصالح الضرورية الخمسة : الدين , والنفس , والعقل , والنسل , والمال , فهذه المصالح بالغة الأهمية لحياة الفرد , وهي جوهر حياته ومبتغى سعيه , وعلى مدى حياته نجده يسعى في تحصيلها بكل أنواع المباحات مثل الأكل والشرب والملبس والمسكن وبالجملة كل طرق السعي في تحصيل اسباب المعاش والحياة الكريمة التي تمكنه من الحفاظ عليها , وإذا اختلت هذه المصالح فإن الفرد يفقد السعادة وتتحول حياته الى ضنك وتعب , وينعدم احساسه بالحياة ومتعتها , وعلى الرغم من هذه الأهمية البالغة للمصالح الضرورية بالنسبة للفرد , فإن أهميتها للمجتمع أكبر , لأن في الحفاظ عليها حفظ لكيانه ووجوده , وفي اختلالها انهيار للمجتمع وانتشار للفوضى والهرج والقتل , بما يؤدي في النهاية إلى تفتت المجتمع وزواله , ومن هنا كان القيام بهذه المصالح ضرورة للمجتمع ولا يتوقف على رغبة الفرد أو شهوته أو هواه , بل إن الفرد ملزم بها وبالحفاظ عليها , وإذا فرط فيها أو أخل بها يجازى ويعاقب على ذلك , فإذا تناول المسكرات والمخدرات التي تذهب عقله , عوقب على ذلك , لأن الحفاظ على عقله مصلحة للمجتمع قبل أن تكون مصلحة ذاتية له , وإذا اسرف في انفاق المال وتبذيره فيما لا مصلحة فيه جوزي على ذلك بالحجر عليه ومنعه من ماله , لأن الحفاظ على المال هو مصلحة للمجتمع قبل أن يكون مصلحة له . وهكذا في بقية المصالح الخمسة .

يقول الإمام الشاطبي : (فأما المقاصد الأصلية : فهي التي لا حظ فيها للمكلف , وهي الضروريات المعتبرة في كل ملة , وإنما قلنا إنها لا حظ فيها للعبد من حيث هي ضرورية , لأنها قيام بمصالح عامة مطلقة , لا تختص بحال دون حال , ولا بصورة دون صورة , ولا بوقت دون وقت , لكنها تنقسم إلى ضرورية عينية , وإلى ضرورية كفائية .

فأما كونها عينية : فعلى كل مكلف في نفسه , فهو مأمور بحفظ دينه اعتقادا وعملا , وبحفظ نفسه قياما بضرورية حياته , وبحفظ عقله حفظا لمورد الخطاب من ربه إليه , وبحفظ نسله التفاتا إلى بقاء عوضه في عمارة هذه الدار , ورعيا له عن وضعه في مضيعة اختلاط الأنساب العاطفة بالرحمة على المخلوق من مائه . وبحفظ ماله استعانة على اقامة تلك الأوجه الأربعة , ويدل على ذلك أنه لو فرض اختيار العبد خلاف هذه الأمور لحجر عليه , ولحيل بينه وبين اختياره) [68].

ولا يقتصر الإلزام الواقع على الفرد على الحفاظ على المصالح الضرورية لنفسه , بل أيضا يمتنع عليه الاخلال بالمصالح الضرورية التي لغيره , فلا يجوز له الاعتداء على نفس الغير أو ماله أو عقله أو نحو ذلك , وإذا أقدم على مثل هذه الأفعال فإنه يعاقب عليها بأشد العقوبات , فتوقع عليه العقوبة المنصوصة إذا كان الفعل الذي اقترفه مما نص على عقوبته , أو عقوبة تعزيرية إذا كان من الأفعال التي لم ينص على عقوبتها .

ضرورة وجود الدولة :

على الرغم من أن الفرد ملزم بالحفاظ على المصالح الضرورية سواء بالنسبة لنفسه أو لغيره من أفراد المجتمع , إلا أن الأفراد إذا تركوا لأنفسهم فلن يحافظوا على هذا الإلتزام , وذلك بحكم ما ركب فيهم من الغرائز والتحاسد والتباغض , واغترارهم بأسباب تحصيل المصالح السهلة ولو كانت محرمة وفيها اعتداء على اموال ومصالح الغير , فلذلك كان لا بد من وجود الدولة التي تقوم بالمصالح الضرورية على العموم في جميع المكلفين , وتقوم بتطبيق العقوبات والجزاءات على الأفراد في حالة مخالفتهم لواجب الحفاظ على المصالح الضرورية , فوجود الدولة ضروري لكي تستقيم الأحوال العامة التي لا تقوم الخاصة إلا بها , ولكي يتم الحفاظ على المصالح الضرورية الخمسة وحمايتها من الاختلال , فإن الفرد الواحد لا يستطيع القيام بمصالح جميع أفراد المجتمع , بل لا يستطيع أن يقوم بمصالحه الضرورية ومصالح أهله , أو بمصالح قبيلة أو مجموعة واحدة ,

فضلا عن أن يقوم بمصالح بقية أفراد المجتمع , ولذلك جعل الله تعالى الخلق خلائف في إقامة المصالح الضرورية , ونصب الشرع الخلفاء والولاة والحكام وأجهزة الدولة المختلفة من الشرطة والقضاء ونحوها بغرض إقامة المصالح الضرورية وحفظها من الاختلال[69] .

ضوابط القيام بالمصالح العامة :

القيام بالمصالح العامة لعموم أفراد المجتمع يسمى الواجب الكفائي , وذلك في مقابل قيام كل فرد بمصلحته الضرورية الخاصة والذي يسمى بالواجب العيني . وللواجب الكفائي قواعد وآداب يجب على القائم به أن يلتزم بها . فالقائم بالواجب الكفائي أو بالمصلحة العامة لا يجوز له أن يتخذ العمل الذي كلف به وسيلة لجلب الحظوظ والمنافع لنفسه , فلا يجوز له أن يأخذ أجرة أو رشوة أو هدية أو أي نوع من أنواع المقابل على عمله , لأن ذلك يؤدي إلى فساد الذمم , وإلى الانحراف عن مقاصد الوظيفة العامة , وهو مطية للظلم والجور في الأحكام , ولمفاسد كثيرة من شأنها هدم قواعد وأسس المجتمع . يقول الإمام الشاطبي : (ويدلك على أن هذا المطلوب الكفائي معرى عن الحظ شرعا أن القائمين به في ظاهر الأمر ممنوعون من استجلاب الحظوظ لأنفسهم بما قاموا به من ذلك , فلا يجوز لوال أن يأخذ أجرة ممن تولاهم على ولايته عليهم , ولا لقاض أن يأخذ من المقضي عليه أو له , اجرة على قضائه , ولا لحاكم على حكمه , ولا لمقرض على قرضه , ولا ما اشبه ذلك من الأمور العامة الت للناس فيها مصلحة عامة , ولذلك امتنعت الرشا والهدايا المقصود بها نفس الولاية , لأن استجلاب المصلحة هنا مؤد إلى مفسدة عامة تضاد حكمة الشريعة في نصب هذه الولايات , وعلى هذا المسلك يجري العدل في جميع الأنام , ويصلح النظام , وعلى خلافه يجري الجور في الأحكام وهدم قواعد الاسلام)[70]

وفي مقابل ذلك فإنه لايجوز أن يلحق القائم بالمصلحة العامة ضرر في نفسه وولده نتيجة قيامه بمصالح الناس على العموم , ولذلك فإن على المجتمع أن يقوم بمصالح القائم بالواجب الكفائي , وأن يفرض له رزقا من بيت مال المسلمين , حتى لا تدخل عليه مفاسد من العمل المكلف به[71]

تفاوت درجة الأوامر :

تختلف قوة الأمر الشرعي بحسب ما إذا كان يتعلق بالمصلحة الضرورية , أو الحاجية , أو التحسينية , فالأوامر التي تتصل بالمصالح الضرورية أعلى مرتبة وآكد في الاعتبار من الأوامر التي تقع على المصالح الحاجية والتحسينية , وهكذا . ويترتب على ذلك أن الأمر المتعلق بمصلحة حاجية أو تحسينية إذا كان في تنفيذه والعمل به ابطال لمصلحة ضرورية فإنه يلغى من الاعتبار , لأن المصلحة الضرورية أهم وأعلى درجة من المصالح الأخرى , فتقدم عليها . فمثلا الأمر المتعلق بتحريم الأكل من الميتة هو أمر يتعلق بمصلحة تحسينية , ولكن إذا كان تنفيذ هذا الأمر يؤدي إلى تلف النفس كما لو لم يتواجد أمام المكلف أي طعام إلا الميتة وخشي على نفسه الهلاك , فإن هذا الأمر يلغى ولا ينفذ ويجوز للمكلف الأكل من الميتة تقديما لمصلحة حفظ النفس التي هي مصلحة ضرورية على مصلحة تحريم الميتة التي هي مصلحة تحسينية .

قال الإمام الشاطبي : (وبهذا الترتيب يعلم أن الأوامر في الشريعة لا تجري في التأكيد مجرى واحدا , وأنها لا تدخل تحت قصد واحد , فإن الأوامر المتعلقة بالأمور الضرورية ليست كالأوامر المتعلقة بالأمور الحاجية ولا التحسينية , ولا الأمور المكملة للضروريات كالضروريات نفسها , بل بينهما تفاوت معلوم , بل الأمور الضرورية ليست في الطلب على على وزن واحد ,كالطلب المتعلق بأصل الدين ليس في التأكيد كالنفس ولا النفس كالعقل , إلى سائر أصناف الضروريات , والحاجيات كذلك , فليس الطلب بالنسبة إلى الممتعات المباحة التي لا معارض لها كالطلب بالنسبة إلى ما له معارض , كالتمتع باللذات المباحة مع استعمال القرض والسلم والمساقاة وأشباه ذلك , ولا أيضا طلب هذه كطلب الرخص التي يلزم في تركها حرج على الجملة , ولا طلب هذه كطلب ما يلزم في تركه تكليف ما لا يطاق , وكذلك التحسينات حرفا بحرف) [72]

التعارض بين الأوامر والمصالح :

كما تقدم فإن المصالح تنقسم إلى أنواع ثلاثة : الضرورية , والحاجية , والتحسينية , وهذه الأنواع الثلاثة هي أصول , ولكل واحدة منها مكملات وتتمات تلحق بها .

والقاعدة في حالة التعارض بين الأوامر والمصالح أن حفظ المصالح الأصلية هو الأولى بالاعتبار , فإذا كان حفظ التكملة يؤدي إلى ابطال الأصل فلا يصح اعتبارها , فشرط حفظ مكملات المصالح أن لا يؤدي هذا الحفظ إلى اهدار المصلحة الأصلية , قال الإمام الشاطبي : (كل تكملة فلها

- من حيث هي تكملة – شرط , وهو أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال , وذلك أن كل تكملة يفضي اعتبارها إلى رفض أصلها فلا يصح اشتراطها عند ذلك , لوجهين :

أحدهما : أن في ابطال الأصل إبطال للتكملة , لأن التكملة مع ما كملته كالصفة مع الموصوف , فإذا كان اعتبار الصفة يؤدي إلى ارتفاع الموصوف , لزم من ذلك ارتفاع الصفة أيضا ...

والثاني : أننا لو قدرنا تقديرا أن المصلحة التكميلية تحصل مع فوات المصلحة الأصلية , لكان حصول الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت)[73] .

مثال ذلك المماثلة في القصاص ؛ فهو وصف مكمل لمصلحة النفس الضرورية , لأنه يكمل مصلحة حفظ النفوس بتهدئة النفوس , ولكن إذا وجدت حالات يؤدي اعتباره فيها إلى اهدار المصلحة الضرورية فإنه لا يعتبر , كمسألة قتل الجماعة بالواحد , فإن المماثلة في القصاص تقتضي أن يقتل بالمقتول نفس واحدة فقط وليس انفس كثيرة , فإذا اعتبرنا شرط المماثلة لم نطبق القصاص لعدم توافر هذا الشرط , ولكن ذلك يؤدي إلى اهدار مصلحة النفوس لأن الناس سيتخذون الاشتراك ذريعة لإسقاط القصاص , فيؤدي ذلك إلى كثرة جرائم القتل وابطال مصلحة النفس الضرورية , ولذلك فإن شرط المماثلة لا يصح اعتباره في مسألة قتل الجماعة بالواحد , ويجب توقيع القصاص على الجماعة مقابل الواحد ولو كان ذلك فيه مخالفة لوصف المماثلة .

وهذه القاعدة تجري على المصالح الحاجية مع المصالح الضرورية , والمصالح التحسينية مع المصالح الحاجية , لأن كلا منها مكمل للآخر , والجميع يكمل المصالح الضرورية التي هي المقصود الأصلي للشارع من الأحكام .

المبحث الثالث:
وسائل مواجهة الجرائم المستجدة

تتميز الشريعة الاسلامية عن القوانين الوضعية بأنها حددت الوسائل التي يتبعها المشرع لمواجهة ما يستجد من الوقائع والأفعال الغير مشروعة وتجريمها، وهذه الوسائل تكاد تستوعب كافة ما يجد من جرائم مما لم ينص عليه في القرآن والسنة بنص خاص، مهما اختلفت البيئات والعصور وتغير الزمان والمكان. وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى ثلاث وسائل منها وهي : قاعدة التعزير , وقاعدة مآلات الأفعال , وقاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

المطلب الأول: التعزير

تمهيد:

يشكل التعزير الجانب الأكبر من القانون الجنائي الاسلامي، وذلك بالنظر إلى أن جرائم الحدود والقصاص المنصوص عليها في الشرع قليلة العدد جدا، وأما ما عدا هذه الجرائم القليلة مما لم ينص عليه حكمه فإنه يدخل في باب التعزير، وبالتالي فهو أوسع دوائر التجريم في الشرع، لأن الجرائم التي لم ينص على عقوبتها لا تنحصر، وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان، ولذلك فإن دراسة موضوع التعزير له أهمية كبيرة في الفقه الجنائي الاسلامي.

وبالاضافة إلى تقدم، فإن نظام التعزير في الفقه الاسلامي قد تعرض للهجوم من قبل المستشرقين الغربيين، والذين أنكروا وجود أي نصوص من القرآن أو من السنة النبوية تشير لهذا

النظام، وقد تابعهم في ذلك بعض الكتاب المسلمين [74]، مع أن هذا خلاف الحقيقة كما سنرى.

وفي هذا المطلب نحاول أن نبين أصالة نظام التعزير في الشريعة الاسلامية، وأن نستقصي نصوص القرآن والسنة التي تدلل على مشروعية التعزير، لنبين كذب تلك الشبهات التي أثيرت حوله من قبل المستشرقين أو من غيرهم، كما سنتطرق إلى جانب من أحكامه وضوابطه المختلفة، بما يجلي للقارئ مدى مرونة نظام التعزير في الشريعة الاسلامية وصلاحيته لكل زمان ومكان. نسأل من الله تعالى العون والتوفيق والسداد.

6- تعريف التعزير:

التعزير لغة هو التأديب.

وشرعا هو التأديب على المعصية التي ليس فيها حد ولا كفارة [75]. فكل معصية من غير جرائم الحدود والقصاص التي نص عليها الشارع، تعتبر جريمة تستوجب العقاب والتأديب من ولي الامر، سواء كان فيها اعتداء على المصالح العامة أو على مصالح الأفراد [76]، وسواء كانت من مقدمات ما فيه حد شرعي، كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج، أو سرقة ما دون النصاب، أو السرقة من غير حرز، أو السب أو الإيذاء، أو لم تكن من مقدماته كشهادة الزور والتزوير وسائر المعاصي [77]، فعلى ولي الأمر أن يجتهد في العقاب على هذه المعاصي وتأديب الجاني على قدر مفسدة المعصية، زجرا له وردعا لغيره.

قال الإمام ابن تيمية في كتاب الفتاوي (وأما المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة. كالذي يقبل الصبي والمرأة الأجنبية أو يباشر بلا جماع، أو يأكل مما لا يحل، كالدم والميتة، أو يقذف الناس بغير زنا، أو يسرق من غير حرز، ولو شيئا يسيرا، أو يخون أمانته، كولاة بيت المال أو الوقوف، ومال اليتيم ونحو ذلك إذا خانوا فيها، وكالوكلاء والشركاء إذا خانوا، أو يغش في معاملته، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب ونحو ذلك، أو يطفف المكيال والميزان، أو يشهد بالزور، أو يلقن شهادة الزور، أو يرتشي في حكمه، أو يحكم بغير ما أنزل الله، أو يعتدي على رعيته، أو يتعزى بعزاء الجاهلية، أو يلبي داعي الجاهلية، إلى غير ذلك من أنواع المحرمات، **فهؤلاء يعاقبون تعزيرا وتنكيلا وتأديبا، بقدر ما يراه الوالي، على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس**

وقلته، فإذا كان كثيرا زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلا، وعلى حسب حال المذنب، فإذا كان من المدمنين في الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقل من ذلك، وعلى حسب كبر الذنب وصغره)[78].

7- مشروعية التعزير في القرآن والسنة:

1-**الأصل العام للتعزير:** الأصل في مشروعية التعزير في القرآن الكريم هو قوله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) الشورى: 40.

فهذه الآية قررت مبدأ عام في القانون الاسلامي شامل لكل الجرائم سواء كانت مما نص عليه الشرع أم مما لم ينص عليه، وهو أن كل ذنب أو معصية يجب فرض عقوبة عليها، وأن العقوبة التي تفرض للمعصية يجب أن تكون مثلها، أي مساوية لها، فلا تجاوزها في الأضرر والمفاسد التي تسببها، فإذا تجاوزتها كانت اعتداء وظلم، وقد طبق الشارع المبدأ الذي قررته هذه الآية في جرائم القصاص والحدود التي نص على عقوبتها، مثل القصاص والسرقة والحرابة، فقرر عقوبة على هذه الأفعال وجعل العقوبة من جنس الفعل المحرم، ومقتضى الآية أن يطبق هذا المبدأ أيضا في الجرائم التي لم ينص الشارع على عقوبتها، فيجب أن تفرض عقوبة لكل معصية أو ذنب مما لم ينص عليه، وأن تكون هذه العقوبة من جنس الفعل المحرم أو المعصية كلما أمكن ذلك، لأن العقوبة إذا كانت من جنس المعصية، كانت هي الأقرب إلى ما يريده الشرع. قال الإمام ابن تيمية في كتاب الفتاوي: (قال تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها)، فقد أخبر أن جزاء السيئة سيئة مثلها بلا عدوان، وهذا هو القصاص في الدماء والأموال والأعراض ونحو ذلك)[79]

وقال أيضا (الثواب والعقاب يكونان من جنس العمل في قدر الله وفي شرعه، فإن هذا من العدل الذي تقوم به السماء والأرض.....

ولهذا قطع يد السارق، وشرع قطع يد المحارب ورجله، وشرع القصاص في الدماء والأموال والأبشار، فإذا أمكن أن تكون العقوبة من جنس المعصية، كان ذلك هو المشروع بحسب الإمكان)[80].

وقد استدل الامام ابن القيم أيضا بهذه الآية في على ضرورة العقوبة على الاتلاف، وعلى أن تكون العقوبة في جريمة الاتلاف من جنس الفعل، بأن يعزر المتلف لمال الغير، بإتلاف ماله هو أيضا، وذلك حفظا وصيانة لحرمة المال [81]. وهذا الرأي خلاف النهج الغالب عند فقهاء المسلمين الذين لا يقررون أي عقوبة جنائية للإتلاف، ويكتفون فيه بالضمان أو التعويض.

2-الأدلة الجزئية على التعزير:

أولا: الأدلة:

بالاضافة إلى الأصل العام في التعزير، فإن هناك عدة نصوص جزئية من القرآن والسنة يمكن أن تنتظم وتتظافر في الدلالة على مشروعية قاعدة التعزير، ومنها ما يلي [82]:

1-قوله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) النساء: 34.

فالآية أباحت الضرب عند المخالفة فدل ذلك على مشروعية التعزير [83].

2-حديث عبد الله ابن عمرو رض الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال: (من خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة، ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع، ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثله والعقوبة)[84] رواه أبو داوود وأحمد والنسائي.

فقد أوجب الشارع غرامة المثل والعقوبة التعزيرية على السرقة التي لا تتوفر فيها شروط الحد، وهي أخذ الثمر المعلق قبل أن يوضع في الجرين، أي أخذه من غير حرز، أو أخذه من الجرين ولكن لم يبلغ ثمن المجن، أي لم يبلغ النصاب. وهذا فيه دليل على مشروعية التعزير.

3- عن عمر رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (إذا وجدتم الرجل قد غل فأحرقوا متاعه واضربوه)[85] رواه أبو داوود والترمذي.

فهذا الحديث نص على التأديب والتعزير على الغلول، وهو الاختلاس من الأموال العامة، بالضرب واتلاف المتاع، وهي من العقوبات التعزيرية وليست من الحدود.

4- روي عن أبي طلحة أنه قال يا نبي الله اني اشتريت خمر لأيتام في حجري، قال: أهرق الخمر واكسر الدنان [86].

فقد عاقب الرسول صلى الله عليه وسلم على بيع الخمر بعقوبة تعزيرية هي اراقة الخمر في الأرض وكسر الدنان. فدل ذلك على مشروعية التعزير فيما ليس فيه حد.

5-أتي النبي صلى الله عليه وسلم بمخنث قد خضب يديه ورجليه بالحناء فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ما بال هذا؟ فقالوا: يا رسول الله يتشبه بالنساء فأمر به فنفي إلى النقيع [87]. رواه أبو داوود.

فالرسول صلى الله عليه وسلم أدب المتشبه بالنساء بالنفي إلى منطقة أخرى زجرا له، وتقويما لأخلاقه، فدل ذلك على جواز التعزير والتأديب[88].

6-ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضرب وغرب، وأن ابابكر ضرب وغرب، وأن عمر ضرب وغرب [89]. رواه الترمذي والحاكم.

وهذا دليل على النبي صلى الله عليه وسلم عاقب بالتعزير على أفعال إجرامية غير منصوص عليها، أي ليست من جرائم الحدود وإنما من جرائم التعزير.

7-ومن السنة النبوية أيضا: تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله، وتعزير المدين الموسر المماطل، والتعزير على الشطط في التأديب [90].

ثانيا: الإستدلال على قاعدة التعزير:

النصوص والأدلة الجزئية السابقة التي وردت في الكتاب والسنة يمكن أن يستنبط منها معنى كلي أو قاعدة عامة؛ هي قاعدة التعزير على الجرائم والمعاصي التي لم ينص عليها الشارع، أي التي لا تندرج في جرائم الحدود والقصاص، وتعتبر قاعدة التعزير في هذه الحالة قاعدة قطعية

واجبة التطبيق، لأنها مأخوذة من مجموعة من النصوص الشرعية الجزئية، ومن المعلوم أن الأصل او القاعدة التي تؤخذ وتستنبط من جملة نصوص تعتبر قاعدة قطعية، يجب تطبيق حكمها على الوقائع والفروع التي تقع تحتها كما يطبق النص العام، ويكون سند التطبيق للقاعدة الكلية في هذه الحالة هو أنها تعتبر كالنص العام وفي قوته من حيث التطبيق.

قال الامام الشاطبي في الموافقات: (كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائما لتصرفات الشارع، ومأخوذا معناه من ادلته، فهو صحيح يبنى عليه، ويرجع اليه اذا كان ذلك الاصل قد صار بمجموع ادلته مقطوعا به، لأن الادلة لا يلزم ان تدل على القطع على الحكم بانفرادها دون انضمام غيرها اليها كما تقدم، لان ذلك كالمتعذر. ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي، فإنه وان لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعيا قد يساوي الأصل المعين وقد يربي عليه بحسب قوة الاصل المعين أو ضعفه)[91].

وقال أيضا: (ولهذه المسألة فوائد تنبني عليها، اصلية وفرعية، وذلك انها إذا تقررت عند المجتهد، **ثم استقرئ معنى عاما من ادلة خاصة،** واطرد له ذلك المعنى، لم يفتقر بعد ذلك الى دليل خاص على خصوص نازلة تعن، بل يحكم عليها وان كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرئ من غير اعتبار بقياس او غيره، اذ صار ما استقرئ من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة، فكيف يحتاج مع ذلك الى صيغة خاصة بمطلوبه؟)[92].

وقال: (إذا فرضنا أن رفع الحرج في الدين مفقود فيه صيغة عموم فإنا نستفيده من نوازل متعددة، مختلفة الجهات متفقة في أصل رفع الحرج، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء، والصلاة قاعدا عند مشقة طلب القيام، والقصر والفطر في السفر، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم، وإباحة الميتة وغيرها عند الخوف، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع ولرفع الضرر، والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز منه من المفطرات، كغبار الطريق ونحوه، إلى جزئيات كثيرة جدا يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج، فإنا نحكم بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها عملا بالاستقراء، فكأنه عموم لفظي)[93].

- **ضابط التجريم في التعزير:**

- **اقتصار التجريم على الاعتداء على المصالح الضرورية:**

المصالح الضرورية الخمسة؛ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، هي الأصول التي تقوم عليها حياة الناس في الدنيا والآخرة، فمن دون هذه المصالح لا تستقيم حياة الناس ولا تستقر انظمة المجتمعات، بل تنتشر الفتن وتسود الفوضى، فتنعدم لذة العيش، قال الامام الشاطبي: (إن مصالح الدين والدنيا مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة المذكورة فيما تقدم، فإذا اعتبر قيام هذا الوجود الدنيوي مبنيا عليها، حتى إذا انخرمت لم يبقى للدنيا وجود.

وكذلك الأمور الأخروية لا قيام لها إلا بذلك، فلو عدم الدين عدم ترتب الجزاء المرتجى، ولو عدم المكلف لعدم من يتدين، ولو عدم العقل لارتفع التدين، ولو عدم النسل لم يكن في العادة بقاء، ولو عدم المال لم يبق عيش)[94]

ولذلك نجد الشريعة الاسلامية جرمت الاعتداء على المصالح الضرورية، وقررت أشد العقوبات للجرائم التي تشكل اعتداء عليها، فقررت حد الردة للاعتداء على الدين، والقصاص لجرائم الاعتداء على النفس، والقطع للاعتداء على المال، وهكذا في بقية الجرائم التي تمس هذه المصالح.

على أن النص على عقوبات للجرائم التي تقع على المصالح الضرورية دون الجرائم التي تقع على الأنواع الأخرى من المصالح مثل المصالح الحاجية والتحسينية، فيه إرشاد إلى أن المصالح الضرورية هي أساس التجريم في الشريعة الاسلامية، وذلك لأن فقدان هذه المصالح يهدد حياة الأفراد بالخطر ويقوض بناء المجتمع الاسلامي، مما يستوجب جعلها محل الحماية الجنائية في هذا المجتمع، وأما المصالح الحاجية فهي كما يعرفها العلماء المصالح التي يؤدي فقدانها أو الاخلال بها إلى فقدان التوسعة على المكلفين أو ايقاعهم في الحرج، وبالتالي فهي لا تسبب أضرار كبيرة على الافراد أو على المجتمع، بل غايتها أن توقع المكلفين بالحرج والضيق إن فقدت، وهذا لا يستدعي التجريم، لأنه لا يهدد المصالح الضرورية لحياة الأفراد والتي يقوم عليها كيان المجتمع الاسلامي، فلا توجد بالتالي ضرورة تستوجب تجريم الاعتداء عليها.

إن المصالح الحاجية والتحسينية هي فروع للمصالح الضرورية أو أوصاف لها، ترفع عن المكلف المشقة وتدخل عليه التوسعة عند أداءه للضروريات، فهي خادمة للضروريات مقوية لجانبها، وتتأتى معها الضروريات على الحسن والكمال، ولكن الاخلال بها لا يخل بالضروريات، ولا يؤدي إلى فقدانها، لأنها مع الضروريات كالوصف مع موصوفه، فكما أن ارتفاع الوصف لا يلزم من ارتفاعه ارتفاع الموصوف أو اختلاله، فكذلك المصالح الحاجية والتحسينية، إذا اختلت أو تم الاعتداء عليها، لا يؤدي ذلك إلى اختلال المصالح الضرورية أو اهدارها[95]. وإذا كان اختلال المصالح الحاجية والتحسينية لا يؤدي إلى اختلال المصالح الضرورية، فإنه لا توجد ضرورة لتجريم الاعتداء على المصالح الحاجية والتحسينية، بل يمكن تدارك هذه المصالح إن فاتت بالضمان والتعويض، فالجزاء المدني يكفي في جبرها، ولا ضرورة للجزاء الجنائي.

وعلى العكس من ذلك فإن اختلال المصالح الضرورية أو الاعتداء عليها يؤدي إلى الاخلال بالمصالح الحاجية والتحسينية، لأن المصالح الضرورية هي الأصل للمصالح الأخرى، والمقصود الأصلي منها، وإذا اختل الأصل إختل معه فروعه وأوصافه، يقول الإمام الشاطبي: (إختلال الضروري إختلال للباقين يظهر مما تقدم، لأنه إذا ثبت أن الضروري هو الأصل المقصود، وأن ما سواه مبني عليه كوصف من أوصافه، أو كفرع من فروعه، لزم من اختلاله اختلال الباقين، لأن الأصل إذا اختل اختل الفرع من باب أولى.

فلو فرضنا ارتفاع أصل البيع من الشريعة لم يمكن اعتبار الجهالة والغرر، وكذلك لو ارتفع أصل القصاص لم يمكن اعتبار المماثلة فيه، فإن ذلك من أوصاف القصاص، ومحال أن يثبت الوصف مع انتفاء الموصوف، وكما إذا سقط عن المغمى عليه أو الحائض أصل الصلاة لم يمكن أن يبقى عليهما حكم القراءة فيها، أو التكبير، أو الجماعة)[96].

ومع ذلك فإن الاخلال بالمصالح الحاجية والتحسينية الذي لا يستوجب التجريم والتعزير هو الاخلال الجزئي الذي لا يفوت أصل المصلحة، وأما إذا كان الاخلال بالمصالح الحاجية أو التحسينية هو إخلال كلي أو مطلق فإنه يستوجب التجريم، لأنه يؤدي إلى فوات المقصود من المصلحة الضرورية[97]، فمثلا أصل البيع يدخل في المصالح الضرورية، فإذا فاتت بعض أوصافه الحاجية أو التحسينية فإن ذلك يمكن جبره بالجزاء المدني ولا يحتاج إلى جزاء جنائي، ولكن إذا فقدت كل الأوصاف الحاجية والتحسينية في البيع فإن ذلك يؤدي إلى فوات المقصود من البيع،

ويصبح الى الغش والاحتيال أقرب منه الى البيع، ولذلك فإن مثل هذا الاخلال المطلق بالحاجيات أو التحسينات يستوجب التجريم وتقرير العقوبة أو الجزاء الجنائي. يقول الامام الشاطبي (فإذا قد يكون في إبطال الكمالات بإطلاق، إبطال للضروريات بوجه ما.

ومعنى ذلك أن يكون تاركا للمكملات ومخلا بها بإطلاق، بحيث لا يأتي بشئ منها، وإن أتى بشئ منها كان نزرا، أو يأتي بجملة منها إن تعددت، إلا أن الأكثر هو المتروك والمخل به، ولذلك لو اقتصر المصلي على ماهو فرض في الصلاة لم يكن في صلاته ما يستحسن، وكانت إلى اللعب أقرب، ومن هنا يقول بالبطلان في ذلك من يقوله، وكذلك نقول في البيع: إذا فات فيه ما هو من المكملات كإنتفاء الغرر والجهالة، أوشك ألا يحصل للمتعاقدين أو لأحدهما مقصود، فكان وجود العقد كعدمه، بل يكون عدمه أحسن من وجوده)[98].

أمثلة للإخلال بالمصالح الضرورية والحاجية:

1-**الاتلاف:** اتلاف الأموال هو اعتداء يقع على مصلحة من المصالح الضرورية الخمسة ومعناه، ويكون باستعمال الآلات أو بالأحراق أو بأي طريقة تؤدي إلى اتلاف المال وتفويته، والاتلاف اعتداء وضرر، ويجب تجريمه والتعزير عليه لأنه يخل بإحدى المصالح الضرورية وهي مصلحة المال، يقول الامام العز ابن عبد السلام (اتلاف الأموال عمدا، واحكامه التحريم والتعزير وإيجاب الضمان)[99].

2-**الاحتيال:** الاحتيال في المعاملات هو اخلال مطلق بالمصالح الحاجية، فإذا كانت المعاملة هي البيع فإن البيع يتعلق به مصالح حاجية بالاضافة إلى اصل البيع الذي هو ضروري، ومن هذه المصالح أن يسلم المبيع أو الثمن في الميعاد، وأن يلحق به توابعه، وأن يكون على الصفة التي اتفق عليها، وان تنفذ شروطه ونحو ذلك، فإذا فقدت بعض هذه المصالح مثل التأخير في التسليم أو الاخلال بكيفيته أو عدده أو نحو ذلك فإنه يمكن جبر ذلك بالجزاء المدني، ولكن إذا فقدت هذه المصالح كلية مثل أن يكون المشروع وهميا لا وجود له في الواقع، أو أن يخدع المشتري ويكتشف أن السلعة التي تسلمها ليست من النوع الغالي المتفق عليه، بل من نوع آخر رخيص، وأنها اتخذت شكل السلعة الغالية بفضل استعمال وسائل احتيالية، ففي مثل هذه الأحوال يجب تجريم هذا النوع من الخداع وفرض عقوبة تعزيرية له، لأنه يمثل اخلال مطلق بمصالح البيع ويفوتها رأسا. يقول الإمام

الغزالي في الإحياء (من يعتاد بيع الثياب المبتذلة المقصورة التي يلبس على الناس بقصارتها وابتذالها ويزعم أنها جديدة فهذا الفعل حرام والمنع منه واجب، وكذلك تلبيس انخراق الثياب بالرفو وما يؤدي إلى الالتباس، وكذلك جميع أنواع العقود المؤدية إلى التلبيسات وذلك يطول احصاءه، فليقس بما ذكرناه ما لم نذكره)[100]

المصالح العامة والمصالح الخاصة:

المصالح الضرورية الخمسة ينظر إليها في حفظها ودرء المفاسد عنها إما باعتبار تعلقها بالأفراد وإما باعتبار تعلقها بعموم الأمة، فمصلحة المال مثلا مصلحة ضرورية، وينظر اليها من ناحية الفرد فيجرم جميع أشكال الاعتداء على مال الفرد مثل السرقة وخيانة الأمانة والاحتيال ونحو ذلك.كما ينظر الي مصلحة المال من ناحية تعلقها بعموم أفراد المجتمع أو الأمة، فييجب أن تجرم جميع أشكال الاعتداء على المال العام الذي ترجع ملكيته للدولة مثل الغلول أو الاختلاس وتخريب المال العام ووسائل المواصلات ونحوه مما يكون الاعتداء فيه على مال مملوك لكل افراد المجتمع لا لفرد معين، وأن تفرض له العقوبة التعزيرية الملائمة.

يقول الامام الطاهر بن عاشور (إن حفظ هذه الكليات – أي المصالح الضرورية – معناه حفظها بالنسبة لأحاد الأمة وبالنسبة لعموم الأمة أولى. فحفظ الدين معناه حفظ دين كل أحد من أن يدخل عليه ما يفسد اعتقاده معمله اللاحق بالدين. وحفظ الدين بالنسبة لعموم الأمة، أي دفه كل ما من شأنه أن ينقض أصول الدين القطعية. ويدخل في ذلك حماية البيضة والذب عن الحوزة الاسلامية بإبقاء وسائل تلقي الدين من الأمة حاضرها وآتيها.

ومعنى حفظ النفوس حفظ الأرواح من التلف أفرادا وعموما؛ لأن العالم مركب من أفراد الإنسان، وفي كل نفس خصائصها التي بها بعض قوام العالم. وليس المراد حفظها بالقصاص كما مثل بها الفقهاء بل نجد القصاص هو أضعف أنواع حفظ النفوس، لأنه تدارك بعد الفوات، بل الحفظ أهمه حفظها عن التلف قبل وقوعه مثل مقاومة الأمراض السارية.....

ومعنى حفظ العقل حفظ عقول الناس من أن يدخل عليها خلل؛ لأن دخول الخلل على العقل مؤد إلى فساد عظيم من عدم غنضباط التصرف، فدخول الخلل على عقل الفرد مفض إلى خلل

جزئي، ودخوله على عقول الجماعات وعموم الأمة أعظم. ولذلك يجب منع الشخص من السكر ومنع الأمة من تفشي السكر بين أفرادها، وكذلك تفشي المفسدات مثل: الحشيشة، والأفيون، والمورفين، والكوكايين، والهروين، ونحوها مما كثر تناوله في القرن الرابع الهجري)[101].

والإمام الغزالي يقسم المصالح بوجه عام ضرورية كانت أو حاجية أو تحسينية، إلى مصالح خاصة متعلقة بفرد معين، وإلى مصالح عامة متعلقة بعموم المجتمع أو الأمة، فيقول في شفاء الغليل: (وتنقسم – أي المصالح – قسمة أخرى بالاضافة إلى مراتبها في الوضوح والخفاء. فمنها ما يتعلق بمصلحة عامة، في حق الخلق كافة، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب، ومنها ما يتعلق بمصلحة شخص معين في واقعة نادرة)[102].

المطلب الثاني: مآلات الأفعال

تمهيد : قاعدة اعتبار مقاصد التصرفات والأفعال

المقاصد معتبرة في التصرفات

المقاصد معتبرة في العبادات والمعاملات، أما في العبادات فإن المقاصد معتبرة في تمييز العبادات عن غيرها من العادات، وفي تمييز مراتب العبادات[103].

وأما في المعاملات فإن المقاصد معتبرة في صحة العقود وفسادها وفي حلها وحرمتها، بل إن المقاصد تؤثر في الأفعال التي ليست بعقود، فيختلف حكم الفعل من حيث التحليل والتحريم باختلاف النية والقصد[104].

يقول الامام ابن القيم (وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة، ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر)[105]

والأصل في اعتبار مقاصد المكلف هو قوله تعالى (وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين)

والاخلاص في الدين هو ارادة الفعل خالصا لله تعالى، والقصد بالفعل إلى جهة الله تعالى هو النية، وصيغة الحصر في الآية تقتضي أن ما ليس بمنوي لا يكون مأمورا به ولا يكون عبادة ولا تبرأ الذمة به[106].

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل إمريء ما نوى)[107]، فأخبر أن الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها، وأنه ليس للعبد من ظاهر عمله إلا ما نواه وقصده، لا ما أعلنه وأظهره [108]. والألف واللام للعموم، فالحديث يتناول جميع الأعمال، أي جميع ما يسمى عملا [109].

يقول ابن القيم في هذا الحديث (فالنية روح العمل وقوامه ولبه، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها، والنبي صلى الله عليه وسلم قد قال كلمتين كفتا وشفتا وتحتهما كنوز العلم وهما قوله (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل إمريء ما نوى) فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال)[110]

1- المقاصد معتبرة في العبادات:

المقصود من العبادة هو الاجلال والتعظيم لله سبحانه وتعالى، فما عري من الأعمال عن هذا القصد فإنه لا يقع عبادة لله تعالى، وإنما يكون من قبيل العادات. فالقصد والنية هو الذي يميز العبادات عن العادات.

مثال تمييز العبادات عن العادات، الغسل، فإنه قد يكون للتنظف والتبرد وقد يكون عبادة مأمورا بها، وقصد المكلف هو الذي يعين ايهما، فإذا نوى بالغسل العبادة والتعظيم لله تعالى فهو عبادة وإذا لم يقصد ذلك فهو عادة وليس عبادة، والصوم قد يكون لعدم الغذاء أو للتداوي والعلاج، وقد يكون عبادة للتعظيم والاجلال لله تعالى، وقصد المكلف هو الذي يعين لأيهما. قال الإمام ابن القيم (أما العبادات فتأثير النيات في صحتها وفسادها أظهر من أن يحتاج إلى ذكر، فإن القربات كلها

مبناها على النيات، ولا يكون الفعل عبادة إلا بالنية والقصد، ولهذا لو وقع في الماء ولم ينو الغسل أو دخل الحمام للتنظيف أو سبح للتبرد، لم يكن غسله قربة ولا عبادة بالاتفاق، فإنه لم ينو العبادة فلم تحصل له، وإنما لإمريء ما نوى، ولو أمسك عن المفطرات عادة واشتغالا ولم ينو القربة لم يكن صائما، ولو دار حول البيت يلتمس شيئا سقط منه لم يكن طائفا، ولو أعطى للفقير هبة أو هدية ولم ينو الزكاة لم يحسب زكاة، ولو جلس في المسجد ولم ينو الاعتكاف لم يحصل له)[111].

والمقاصد والنيات هي أيضا التي تميز مراتب العبادات، مثل تمييز الفرض عن النفل، والقضاء عن الأداء، فالصلاة والصيام ونحوها قد تكون فرضا أو نفلا، وقصد المكلف هو الذي يميز بينهما، والصلاة قد تكون قضاء أو أداء، وقصد المكلف هو الذي يميز بينهما[112]، وهكذا.

2- المقاصد معتبرة في العقود والأفعال:

وقصد المكلف معتبر في العقود، بل هذا القصد هو روح العقد[113]، والأصل أن المكلف يقصد من العمل في الظاهر المصلحة التي قصدها الشارع، ولكن إذا ظهر قصد آخر للمكلف وجب المصير اليه ولو كان مخالف لظاهر العقد، والقاعدة التي تقرر أن الأحكام تجري على الظاهر إنما يكون إعمالها حيث لم يظهر قصد من المكلف يخالف هذا الظاهر، أما إذا ظهر أن قصد المكلف يخالف ما ظهر من العقد أو التصرف وأنه يريد من العقد أو التصرف غير ما وضع له [114]، فإن العبرة في الحكم على هذا التصرف بالحواز أو التحريم تكون بما قصده المكلف وأضمره لا بما أظهره وأعلنه، فإذا اتفق العاقدان على بيع سلعة بأجل ثم ظهر بالقرائن والأدلة أن المقصود من هذا العقد هو الربا وأن البيع هو مجرد حيلة، فإن العبرة تكون بقصد المتعاقدين ويحكم بحرمة هذا البيع وبطلانه، وإذا تم ابرام عقد الزواج ثم ظهر أن قصد الطرفين من هذا العقد ليس الزواج حقيقة وإنما مجرد تحليل الزوجة حتى تعود لمطلقها، فإن عقد الزواج يكون حراما وباطلا بل يكون زنا، وهكذا بالنسبة لبقية العقود والتصرفات، يقول الامام ابن القيم (وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما فيصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد، كما يعتبر صحيحا تارة وفاسدا تارة باختلافها، وهذا كالذبح فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل ويحرم إذا ذبح لغير الله، وكذلك الحلال يصيد الصيد للمحرم فيحرم عليه ويصيده

للحلال فلا يحرم عليه،.. وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرا معصية، ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعصره بنية أن يكون خلا أو دبسا جائز وصورة الفعل واحدة، وكذلك السلاح بيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل لما فيه من الاعانة على الاثم والعدوان وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة،... وكذلك ألفاظ الطلاق صريحها وكنايتها ينوي بها الطلاق فيكون ما نواه وينوي به غيره فلا تطلق، وكذلك قوله " انت عندي مثل أمي " ينوي بها الظهار فتحرم عليه وينوي به أنها مثلها في الكرامة فلا تحرم عليه، وكذلك من أدى عن غيره واجبا ينوي به الرجوع ملكه وإن نوى به التبرع لم يرجع)[115]

- **موافقة قصد المكلف لقصد الشارع:**

المطلوب من المكلف أن يكون قصده موافقا لقصد الشارع في التكليف، فلا يجوز له أن يقصد خلاف قصد الشارع[116].

فالنكاح مثلا المقصود به الدوام والمواصلة وإقامة النسل والعشرة ونحو ذلك من المقاصد الأصلية والتابعة للنكاح، فعلى المكلف عند ابرام النكاح أن يتجه قصده إلى تحقيق هذه الأمور والمصالح التي قصدها الشارع من النكاح، ولا يجوز أن يقصد به خلاف ذلك، كأن يقصد بالنكاح مجرد تحليل المطلقة لزوجها الأول، أو مجرد الاستمتاع لمدة مؤقتة.

والدليل على وجوب موافقة قصد المكلف لقصد الشارع أن الشريعة الإسلامية موضوعة لمصالح العباد، والمطلوب من المكلف أن يقصد تحقيق هذه المصالح وأن لا يخالفها.

كما أن المكلف خلق لعبادة الله تعالى، ولا يكون محققا لهذه العبادة إلا إذا كان عاملا وفق القصد من وضع الشريعة، وهو تحقيق مصالح العباد.

وأيضا فقد مر أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع اليها من الحاجيات والتحسينات، والعبد مكلف بالمحافظة عليها وتحقيقها، فلا بد أن يكون مطلوب منه القصد إلى ذلك، وإلا لم يكن عاملا على المحافظة عليها، لأن الأعمال بالنيات. كما أن المكلف هو خليفة الله في إقامة هذه المصالح بحسب طاقته ومقدار سعته، والأدلة على ذلك من القرآن والسنة، قال تعالى (آمنوا بالله ورسوله وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه) الحديد: 7، وقال (إني جاعل في الأرض خليفة) البقرة:

30، وقال (ويستخلفكم في الأرض فينظر كيف تعملون) الأعراف: 129 وقال صلى الله عليه وسلم (كلكم راع ومسئول عن رعيته)،

فإذا كان الأمر كذلك فإن المطلوب من المكلف أن يكون قائما مقام من استخلفه، يجري أحكامه ومقاصده مجاريها [117].

أما إذا خالف المكلف قصد الشارع وابتغى من تكاليف الشريعة غير ما قصد بها وما شرعت لأجله، فقد ناقض الشريعة وعمله باطل، لأن التكاليف المشروعة إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يتحقق في الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة [118].

النظر في مآلات الأفعال:

الأصل أن الفعل إنما شرع لتحقيق مصلحة أو درء مفسدة، فإذا كان الفعل يحقق ما قصد منه من جلب المصلحة أو درأ المفسدة، فإنه يكون جائزا ويجب الاذن به، ولكن قد يكون الفعل مشروع لمصلحة إلا أنه في بعض الحالات لا يحقق المصلحة التي شرع من أجلها، بل يفضي إلى مفسدة، وفي هذه الحالة لا يجوز ان يحكم بمشروعية الفعل اعتمادا على ظاهر الإذن به، بل يجب المنع منه. مثال ذلك البيع هو عقد مشروع لما يحققه من مصالح وحاجات للناس، ولكن إذا اتخذ البيع ذريعة للربا، بأن باع الشخص مثلا سلعة بخمسين ثم اشتراها بمائة إلى أجل، فإن البيع في هذه الحالة يؤول إلى الربا، فيحرم ويمنع منه اعتمادا على النظر إلى ما يؤول اليه.

وكذلك الهبة عمل مشروع لما فيه من مصالح مثل الارفاق بالموهوب اليه والاحسان اليه والتوسعة عليه وجلب مودته، ولكن إذا اتخذ المكلف الهبة وسيلة لاسقاط الزكاة، بأن وهب ماله قبل حلول الحول هربا من وجوب الزكاة عليه، فإن الهبة في هذه الحالة تؤول إلى اسقاط حكم شرعي، فيجب المنع منها وتحريمها.

يقول الامام الشاطبي (النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالاقدام أو الاحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول اليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعا لمصلحة تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به،

ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا اطلق القول في الاول بالمشروعية فربما أجى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من اطلاق القول بالمشروعية، وكذلك غذا اطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح اطلاق القول بعدم المشروعية)[119] .

الفرع الأول: سد الذرائع

الذريعة لغة هي الوسيلة للشيء [120]، وفي الاصطلاح هي ما كان وسيلة أو طريقا إلى الحرام أو الحلال [121] فوسائل وطرق الحرام، مثل النظر إلى عورة الأجنبية فهو ذريعة إلى الزنا المحرم، لأنه وسيلة أو طريق تؤدي اليها، ومثل شرب قليل الخمر ذريعة إلى السكر المحرم، لأن شرب القليل يفضي إلى شرب الكثير المسكر، وحفر بئر في طريق المسلمين فهو ذريعة للقتل المحرم، لأنه وسيلة أو طريقة تفضي إليه، وبيوع الآجال ذريعة للربا، لأنه يتخذ وسيلة للربا.

ووسائل وطرق الحلال مثل السعي إلى الحج، فهو وسيلة إلى أداء فريضة الحج، والسعي إلى صلاة الجمعة فهو وسيلة إلى أداء صلاة الجمعة.

حكم الذرائع:

تأخذ الذريعة حكم ما تؤدي اليه من المصلحة أو المفسدة، فإذا كانت تؤدي إلى مصلحة فهي جائزة، وإذا كانت تؤدي إلى مفسدة فهي محرمة، فالوسيلة إلى الحلال حلال والوسيلة إلى الحرام حرام، يقول الامام القرافي (موارد الأحكام على قسمين؛ مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها وحكمها حكم ما افضت اليه من تحريم وتحليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى اقبح المقاصد أقبح الوسائل)[122]. ويقول الامام ابن القيم (لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والاذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود،

لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها، تحقيقا لتحريمه، وتثبيتا له، ومنعا أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الاباء)[123]

ويلاحظ أن وسائل وطرق الأمور الجائزة تدخل ضمن قاعدة أخرى هي قاعدة مقدمة الواجب واجبة، وأما مصطلح الذرائع فقد غلب استعماله عند الفقهاء على ذرائع الفساد.

ذرائع الفساد:

وهي الوسائل أو الطرق التي يتوصل بها إلى الحرام، وقد تكون وسائل الحرام محرمة أيضا ومن ثم فلا إشكال في تحريمها، ولكن الغالب أن وسائل الحرام قد تكون جائزة في نفسها لما تتضمنه من مصالح، ولكن تحرم وتمنع لأنها تتخذ وسيلة إلى غاية محرمة، فتأخذ حكم هذه الغاية المحرمة وتحرم، مثال ذلك البيع لأجل، مشروع لما فيه من المصالح، لكن لأنه يتخذ ذريعة إلى الربا المحرم فإنه يمنع، وحفر البئر عمل مشروع لما فيه من المصالح التي تعود على الناس بالنفع، ولكن لأنه يتخذ وسيلة إلى القتل، فإنه يمنع ويحرم، وهكذا بالنسبة للوسائل الجائزة في نفسها لكن مآلها إلى الحرام والفساد، فهي تحرم وتمنع تبعا لما تؤدي اليه.

أقسام ذرائع الفساد:

قسم الامام الشاطبي الذرائع من حيث أداءها إلى المفسدة أو إلى المحرم إلى عدة أقسام نوجزها فيما يلي[124]:

1- ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعيا، كحفر بئر خلف باب الدار في الظلام، بحيث يقع الداخل فيها بلا بد، ونحو ذلك، فهذا القسم حكمه المنع إجماعا.

2-ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا، كحفر بئر بموضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه، وأكل الأغذية التي غالبها ألا تضر أحدا، وزراعة العنب فإن اتخاذه للخمر نادر واتخاذه للأكل

غالب، والمجاورة في البيوت خشية الزنا، ونحو ذلك.

فهذا القسم لا اعتبار للذريعة فيه، بل يبقى على الاذن والاباحة لما يجلبه من المصالح للناس، ولأن المفسدة التي فيه نادرة والاعتبار في الشرع بالغالب لا بالنادر، ولأن كل مصلحة لا تخلو من مفسدة من وجه، وإنما الاعتبار لغلبة المصلحة في هذه الأعمال [125]، وما يفضي إليه منعها من حرج قوي للناس[126].

3-ما يكون أداؤه إلى المفسدة غالبا، كبيع السلاح إلى أهل الحرب، والعنب إلى الخمار، وما يغش به إلى الغاش، ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن أنه يؤدي إلى مفسدة.

وهذا القسم يلحق فيه الغالب بالقطع ويمنع، لأن سد الذرائع يوجب الاحتياط بقدر الإمكان والاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن، ولأن الظن يجري في الأحكام العملية مجرى القطع، ولأن اباحته من باب التعاون على الإثم والعدوان[127].

4-ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا لا غالبا، أي أن أداؤه للمفسدة لا يبلغ درجة الغالب، كمسائل بيوع الآجال، فهذه البيوع يكثر أداؤها إلى المفسدة واتخاذها ذريعة للربا، لكن هذه الكثرة لا تبلغ مبلغ الغالب، وقد اختلف الفقهاء في هذا النوع، فأجازه الشافعي وأبو حنيفة جريا على أصل الإذن ولأنه لا يبلغ درجة الغالب، وأما مالك فقد منعه اعتبارا بكثرة اتخاذه ذريعة إلى مفسدة الربا بين الناس.

والذي يترجح هو رأي مالك لأن الآثار الصحيحة قد وردت بتحريم أمور الأصل فيها الاذن ولكن حرمت لما تفضي إليه في كثير من الأحوال من مفاسد، وهذه المفاسد لم تكن مقطوعا بها ولا غالبة[128]، من ذلك الآثار الناهية عن سفر المرأة بغير مصاحبة زوجها أو ذي رحم محرم، والنهي عن الخلوة بالأجنبية، وعن البيع وسلف وعن هدية المديان، وعن بناء المساجد على القبور خشية أن يعبد الموتى، فالنهي عن هذه الأمور يرجع إلى الخشية من المفاسد التي قد تترتب عليها، مع أن وقوع هذه المفاسد ليس قطعيا ولا غالبا[129].

حكم ذرائع الفساد:

الذريعة إذا كانت تؤدي إلى مفسدة قطعيا أو كثيرا فحكمها المنع، وعلى المشرع المسلم أن يعمد إلى تجريم هذا النوع من الذرائع خاصة حين تظهر وتكثر بين الناس، وذلك لأن الشارع إذا نهى عن شيء فإنه ينهى عن كل الوسائل والطرق المفضية إليه، وإلا كان اباحة هذه الوسائل نقضا للتحريم، قال الامام ابن القيم (فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها، تحقيقا لتحريمه، وتثبيتا له، ومنعا أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الاباء)[130].

والأصل في تحريم مثل هذه الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال، فيأخذ الفعل حكما يتفق مع ما يؤول اليه من المصلحة أو المفسدة [131]، فإن كان الفعل يؤول إلى محرم يمنع منه ويحرم تبعا لتحريم المفسدة التي يؤول اليها، ولو كان الفعل في ذاته مباحا لا مفسدة فيه، وسواء قصد الناس افضاءه إلى الفساد أم لم يقصدوا ذلك [132]، لأن العبرة في قاعدة المآلات هي بنتيجة الفعل وثمرته لا بنية الفاعل[133].

الأدلة على تحريم ذرائع الفساد:

سد الذرائع هو أصل دلت عليه كثير من النصوص في القرآن والسنة، وقد أورد الإمام ابن القيم في كتاب اعلام الموقعين عشرات الأدلة ووجوه الاستدلال التي استدل بها على هذا الأصل.

أولا: الأدلة الجزئية على قاعدة سد الذرائع:

ومن هذه الأدلة ما يلي:

1-قوله تعالى (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم)، فقد نهى الله تعالى عن سب آلهة المشركين رغم أن سب آلهتهم مباح وفيه توهين واذلال للشرك وأهله ولكن نهي عنه لكيلا يتخذه المشركون ذريعة لسب الله تعالى[134].

2-قوله تعالى (ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن)، فقد نهى الله تعالى النساء عن ضرب أرجلهن ذات الخلاخل مع أنه فعل مباح، ولكن نهي عنه لما يؤول اليه من مفسدة افتتان

الرجال بالمرأة [135].

3-قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا)، فقد نهى الله تعالى المؤمنين عن أن يقولوا للرسول كلمة راعنا مع أنهم كانوا يقصدون بها الخير، وذلك لأن هذه الكلمة كانت من قبيل السب عند اليهود، فنهي المؤمنون عنها لكي لا يتخذها اليهود ذريعة لسب الرسول صلى الله عليه وسلم[136].

4-قول الرسول صلى الله عليه وسلم لمن أراد قتل المنافق الذي أظهر ما في قلبه (أخشى أن يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه)، فقد امتنع الرسول صلى الله عليه وسلم عن قتل المنافقين مع كون ذلك مصلحة لكيلا يكون ذريعة لتنفير الناس عنه، وأن يقولوا أن محمدا يقتل أصحابه، لأن هذا القول يؤدي إلى النفور عن الاسلام[137].

5-حرم الرسول صلى الله عليه وسلم الخلوة بالأجنبية ولو في إقراء القرآن، والسفر بها ولو في الحج وزيارة الوالدين، سدا لذريعة الفتنة وغلبة الطباع.

6-أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن تقطع الأيدي في الغزو لئلا يكون ذلك ذريعة إلى الحاق المحدود بالكفار[138].

7-أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المرأة أن تسافر بغير محرم، سدا لذريعة الفتنة.

8-أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التداوي بالخمرة، سدا لذريعة قربانها واقتناءها ومحبة النفوس لها.

9-أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بناء المساجد على القبور، ولعن من فعل ذلك، ونهى عن تخصيص القبور وتشريفها واتخاذها مساجد والصلاة اليها، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى اتخاذها أوثانا والاشراك بها، فحرم ذلك سدا للذريعة [139].

10-أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يجمع الرجل بين سلف وبيع سدا لذريعة الربا[140]

11- أن النبي صلى الله عليه وسلم منع المقرض من قبول الهدية، حتى يحسبها من دينه، لئلا يتخذ ذلك ذريعة لتأخير الدين مقابل الهدية فيكون ربا،، فمنع من ذلك سدا لذريعة الربا [141].

12 – أن الرسول صلى الله عليه وسلم منع توريث القاتل وقال (ليس للقاتل ميراث) سدا للذريعة، لأن توريث القاتل ذريعة إلى وقوع مفسدة القتل لهذا السبب، فسد الشارع الذريعة بالمنع [142].

الاستدلال على قاعدة سد الذرائع:

دلت النصوص السابقة وغيرها على أن قاعدة سد الذرائع هي قاعدة قطعية مأخوذ معناها من أدلة جزئية كثيرة لا تنحصر، ومن المعلوم أن القاعدة المأخوذ معناها بالاستقراء من أدلة جزئية كثيرة تعتبر كالنص العام وفي قوته في التطبيق على الوقائع الجزئية، ومن ثم يجب تطبيق هذه القاعدة على الوقائع التي تدخل تحتها ولو لم يرد في هذه الوقائع نص خاص بالمنع، فكل أمر أو وسيلة مباحة أو فيها مصلحة ولكن مآلها إلى مفسدة أكبر يجب منعها بتجريمها والعقاب عليها تطبيقا لأصل سد الذرائع.

يقول الإمام الشاطبي في الموافقات (العموم إذا ثبت فلا يلزم ان يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل له طريقان:

أحدهما: الصيغ اذا وردت، وهو المشهور في كلام اهل الاصول.

والثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن امر كلي عام، فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ، والدليل على صحة هذا الثاني وجوه:

أحدها: ان الاستقراء هكذا شأنه، فانه تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام، اما قطعي، واما ظني، وهو امر مسلم عند اهل العلوم العقلية والنقلية، فاذا تم الاستقراء حكم به مطلقا في كل فرد يقدر، وهو معنى العموم المراد في هذا الموضع.

والثاني: ان التواتر المعنوي هذا معناه، فان جود حاتم مثلا انما ثبت على الاطلاق من غير تقييد، وعلى العموم من غير تخصيص، بنقل وقائع خاصة متعددة تفوت الحصر، مختلفة في الوقوع، متفقة في معنى الجود، حتى حصلت للسامع معنى كليا حكم به على حاتم، وهو الجود، ولم يكن خصوص الوقائع قادحا في هذه الافادة، فكذلك اذا فرضنا ان رفع الحرج في الدين مثلا مفقود

فيه صيغة عموم، فان نستفيده من نوازل متعددة خاصة، مختلفة الجهات متفقة في اصل رفع الحرج، كما اذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء، والصلاة قاعدا عند مشقة القيام، والقصر والفطر في السفر، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم، واباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو اعظم المشقات، والصلاة الى أي جهة كانت لعسر استخراج القبلة، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع ورفع الضرر، والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز منه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه، الى جزئيات كثيرة جدا يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج، فانا نحكم بمطلق رفع الحرج في الابواب كلها، عملا بالاستقراء، فكأنه عموم لفظي.

والثالث أن قاعدة سد الذرائع إنما عمل بها السلف بناء على هذا المعنى، كعملهم في ترك الأضحية مع القدرة عليها، وكإتمام عثمان الصلاة في حجه بالناس وتسليم الصحابة له في عذره الذي اعتذر به من سد الذريعة، إلى غير ذلك من أفرادها التي عملوا بها، مع أن المنصوص فيها إنما هي أمور خاصة كقوله تعالى (يأأيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا) وقوله تعالى (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا من بغير علم) وفي الحديث (من أكبر الكبائر أن يسب الرجل والديه، وأشباه ذلك، وهي أمور خاصة لا تتلاقى مع ما حكموا به إلا في معنى سد الذريعة، وهو دليل على ما ذكر من غير إشكال)[143].

ويقول (ولهذه المسألة فوائد تنبني عليها، اصلية وفرعية، وذلك انها اذا تقررت عند المجتهد، ثم استقرئ معنى عاما من ادلة خاصة، واطرد له ذلك المعنى، لم يفتقر بعد ذلك الى دليل خاص على خصوص نازلة تعن، بل يحكم عليها وان كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرئ من غير اعتبار بقياس او غيره، اذ صار ما استقرئ من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة، فكيف يحتاج مع ذلك الى صيغة خاصة بمطلوبه؟)[144].

الفرع الثاني: الحيل

معنى التحيل:

التحيل هو التوسل بعمل جائز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر[145]. مثال ذلك الهبة عمل جائز شرعا والمقصود منه الاحسان للموهوب والارفاق به والتوسعة عليه، فإذا توسل الشخص بهذا العقد من أجل التهرب من دفع الزكاة فعمد إلى هبة ماله قبل حلول الحول فإنه يكون متحيلا لإسقاط الواجب وهو الزكاة.

والبيع عقد جائز شرعا، فإذا توسل به الشخص من أجل تحليل الربا، بأن باع سلعة بخمسين مثلا ثم اشتراها لأجل بمائة فإنه يعد متحيلا من أجل تحليل محرم بأن حول الربا في الظاهر إلى بيع مع أنه في الحقيقة ربا.

والنكاح عمل مشروع وجائز وله مصالح كثيرة مقصودة منه مثل تكوين الأسرة ودوام ومواصلة العشرة وتربية الأولاد والاعفاف عن الحرام، فإذا توسل به الشخص إلى تحليل محرم، بأن ابتغى من النكاح مجرد تحليل المرأة المطلقة ثلاثا حتى ترجع لزوجها، فإنه يكون متحيلا لتحليل محرم، بأن توسل بعقد النكاح الجائز شرعا لتحقيق غاية محرمة ومناقضة للمقصود من عقد الزواج وهو تكوين الأسرة والعشرة الدائمة.

يقول الامام الشاطبي (كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل.

أما أن العمل المناقض باطل، فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة)[146]

ويقول (هذا القاصد مستهزئ بآيات الله، لأن من آياته أحكامه التي شرعها، وقد قال بعد ذكر أحكام شرعها (ولا تتخذوا آيات الله هزوا) والمراد أن لا يقصد بها غير ما شرعها لأجله. ولذلك قيل للمنافقين حيث قصدوا بإظهار الاسلام غير ما قصده الشارع (أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزءون) والاستهزاء بما وضع على الجد مضادة لحكمته ظاهرة. والأدلة على هذا المعنى كثيرة.

وللمسألة أمثلة كثيرة، كإظهار كلمة التوحيد قصدا لإحراز الدم والمال، لا لإقرار للواحد الحق بالوحدانية، والصلاة لينظر اليه بعين الصلاح، والذبح لغير الله...، والسلف ليجر به نفعا، والوصية بقصد المضارة للورثة، ونكاح المرأة ليحلها لمطلقها، وما اشبه ذلك)[147]

ويقول (فإذا تسبب المكلف في اسقاط ذلك الوجوب عن نفسه أو في اباحة ذلك المحرم عليه بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر، أو المحرم حلالا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلة وتحيلا؛ كما لو دخل وقت الصلاة عليه في الحضر فإنها تجب عليه أربعا، فأراد أن يتسبب في اسقاطها كلها بشرب خمر أو دواء مسبت، حتى يخرج وقتها وهو فاقد لعقله كالمغمى عليه، أو قصرها فأنشأ سفرا ليقصر الصلاة. وكذلك من أظله شهر رمضان فسافر ليأكل، أو كان له مال يقدر على الحج به فوهبه وأتلفه بوجه من وجوه الاتلاف كي لا يجب عليه الحج،...وكالفرار من وجوب الزكاة بهبة المال واتلافه أو جمع متفرقه أو تفريق مجتمعه. وهكذا سائر الأمثلة في تحليل الحرام واسقاط الواجب...

الحيل في الدين بالمعنى المذكور غير مشروعة في الجملة والدليل على ذلك ما لا ينحصر من الكتاب والسنة لكن في خصوصات يفهم من مجموعها منعها والنهي عنها على القطع)[148].

حكم الحيل أو التحيل:

التحيل لإسقاط واجب أو لتحليل محرم غير جائز شرعا، والأدلة على عدم مشروعيته أدلة كثيرة تفيد القطع، وعلى المشرع المسلم أن يعمد إلى تجريم مثل هذا التحيل إذا كان يتخذ من قبل الاشخاص كوسيلة لإسقاط الواجبات والتكاليف أو تحليل المحرمات، ولذلك أمثلة في القوانين الحديثة، فنلاحظ مثلا أن القوانين الحديثة تجرم التهرب من دفع الضرائب، والتهرب من دفع الرسوم الجمركية، والهروب من الخدمة العسكرية، وهذه الجرائم كلها تعد من أنواع التحيل لإسقاط الواجب.

ومع ذلك فإن التحيل المحرم هو الذي يقصد به اسقاط واجب أو تحليل محرم، أما التحيل الذي يقصد به الوصول إلى الحق أو دفع الظلم فلا يدخل ضمن التحيل المحرم، يقول الامام الشاطبي (الحيل التي تقدم ابطالها وذمها والنهي عنها ما هدم أصلا شرعيا وناقض مصلحة شرعية. فإذا فرضنا أن الحيلة لا تهدم أصلا شرعيا، ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها، فغير داخلة في النهي ولا هي باطلة)[149]

وكذلك السعي إلى عمل مأذون بصورة غير صورته أو بإيجاد وسائله فليس تحيلا ولكنه يسمى تدبيرا أو حرصا أو ورعا[150].

كما أن التحيل الذي يتم بين الافراد في باب المعاملات لا يدخل في هذا الباب[151]، وإنما يدخل في باب الاخلال بالمصالح الحاجية كما تقدم.

أدلة تحريم الحيل:

استدل العلماء بأدلة كثيرة على تحريم الحيل وبطلانها نعرض فيما يلي لبعض منها:

1-قوله تعالى (ومن الناس من يقول آمنا بالله وباليوم الآخر وماهم بمؤمنين، يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون)

فقد ذم الله تعالى المنافقين وتوعدهم وشنع عليهم، لأنهم أظهروا الإسلام من باب الحيلة لكي يحرزوا انفسهم وأموالهم وليس عن قناعة وتصديق حقيقي وارادة في الدخول في طاعة الله تعالى[152].

2-قوله تعالى (ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت فقلنا لهم كونوا قردة خاسئين)، وقصة اصحاب السبت أن الله تعالى أمر اليهود بترك العمل في السبت وحرم عليهم فيه صيد الحيتان، ثم امتحنهم فكانت الحيتان تحضر يوم السبت وتتفرق بعده، فاحتالوا لها بأن حفروا الحياض وأشرعوا الجداول فكانت الحيتان تدخلها يوم السبت فلا تستطيع الخروج، فيصطادونها يوم الأحد، فعاقبهم الله تعالى على هذا التحيل على أمره بأن مسخهم قردة خاسئين، وقد استدل العلماء بهذه الآية على تحريم الحيل[153].

3-قوله تعالى في اصحاب الجنة: (إنا بلوناهم كما بلونا اصحاب الجنة) إلى قوله تعالى (فأصبحت كالصريم) القلم: 17 -20. فإنهم لما احتالوا على حرمان المساكين بأن قصدوا الصرام في غير وقت حضورهم، وكان حق المساكين يسقط في شرعهم اذا لم يحضروا وقت الجذاذ، عاقبهم الله تعالى باهلاك مالهم [154].

4-ما جاء في السنة من النهي عن الجمع بين متفرق والتفرقة بين مجتمع خشية الصدقة، لأن في ذلك احتيال لاسقاط الواجب أو تقليله[155].

5-قوله صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن شحوم الميتة (قاتل الله اليهود أن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه) [156]، أي أنهم تحيلوا على تحريم الشحوم فأذابوها حتى يزول عنها أسم الشحم، ثم باعوها وأكلوا ثمنها لئلا يكون الانتفاع في الظاهر بعين المحرم، ووجه حيلتهم أنهم لم ينتفعوا بعين الشحم المحرم بل بثمنه، ولكن الله تعالى لعنهم على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم على هذا التحيل[157].

6-حديث (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له) رواه الترمذي[158]، والمحلل لا يقصد من ابرام النكاح المصالح المشروعة له مثل الدوام والعشرة وتكوين الأسرة وتربية الأولاد ونحوها، وإنما يقصد تحليل المرأة المبتوتة التي حرمت على مطلقها الأول، ويتوصل لهذا الغرض بصورة الزواج المشروع، فعقد الزواج هو حيلة اتخذها المحلل والمحلل له من أجل تحليل ما حرم الله والاستهزاء بأحكامه، فكان جزاء هذه الحيلة الذم واللعن من الرسول صلى الله عليه وسلم.

المطلب الثالث: مبدأ تقديم المصلحة العامة على الخاصة

الأفعال والتصرفات التي تتضمن ضررا بالمصلحة العامة للمجتمع ككل تمنع وتجرم حتى إذا كان فيها مصلحة خاصة للأفراد، لأن مصلحة عموم الناس تقدم على المصلحة الخاصة بفرد معين، وهذه قاعدة مقررة في الشريعة الاسلامية، والأدلة عليها عديدة تفيد القطع بمعناها. يقول الامام الشاطبي (المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع، وعن بيع الحاضر للبادي، واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة، وقد زادوا في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره مما رضي أهله وما لا. وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص) [159].

أدلة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة

ذكر الامام الشاطبي في الفقرة السابقة عددا من الأدلة على قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، منها ما يلي:

1-حديث النبي صلى الله عليه وسلم (لا يبع حاضر لباد، ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) فقد نهي الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث عن بيع الحاضر للبادي، ومعنى بيع الحاضر للبادي ان يتولى احد من اهل المدينة البيع لأهل البادية بالسعر الحال في السوق، مما يؤدي الى حرمان اهل المدن من الرخص، لأن الاشياء ارخص في البادية، فاذا باعها البدوي بنفسه باعها بسعر البادية وكان ذلك ارفق بأهل المدينة وايسر بهم، وهذا الحديث فيه تقديم لمصلحة عامة هي مصلحة اهل المدينة على مصلحة خاصة هي مصلحة البدوي.

2- نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان، والمقصود بالركبان أي طائفة تحمل متاع او بضائع وتريد بيعها في السوق، فلا يجوز لاحد ان يتلقاهم ويشتري السلع قبل ان يدخلوا الى السوق، وذلك لكي لا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون اهل الاسواق، وهذا النهي فيه تقديم لمصلحة عامة هي مصلحة عامة أهل الاسواق على مصلحة خاصة هي مصلحة المتلقي [160].

3- قضى الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم بتضمين الصناع ما يدعون تلفه من الامتعة والسلع، الا اذا اقاموا البينة على ان التلف والتقصير ليس منهم، وقال الامام علي رضي الله عنه (لا يصلح الناس الا ذاك)، ولم يكن يوجد لهذا الحكم نص معين ورد به في الشرع، وانما كان راجعا الى اصل كلي، هو اصل تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، اي تقديم مصلحة عامة الناس في حفظ اموالهم على مصلحة جزئية هي مصلحة الصانع البريء[161]، يقول الامام الشاطبي في ذلك (الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قضوا بتضمين الصناع. قال علي رضي الله عنه: لا يصلح الناس الا ذاك.

ووجه المصلحة فيه ان الناس لهم حاجة الى الصناع، وهم يغيبون عن الامتعة في غالب الأحوال، والأغلب على الصناع التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة الى استعمالهم، لأفضى ذلك الى أحد امرين: إما ترك الإستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما

ان يعملوا ولا يضمنوا عند دعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة في التضمين. هذا معنى قوله: لا يصلح الناس الا ذاك).

أمثلة وتطبيقات:

توجد العديد من الأمثلة والوقائع التي تعد تطبيقا لمبدأ تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في محال تجريم الأفعال والتصرفات، منها ما يلي:

1-الاحتكار فيه مصلحة للمحتكر من خلال تخزين السلع ورفع سعرها تحقيقا لأكبر ربح، ولكن هذه المصلحة تتعارض مع مصلحة عامة الناس لأنها تؤدي إلى التحكم في أرزاقهم وغلاء الأسعار، فتقدم مصلحة عامة الناس على مصلحة التاجر المحتكر ويمنع الاحتكار ويجرم تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة. قال الإمام الغزالي في كتاب الإحياء (فيما يعم ضرره، وهو أنواع، النوع الأول: الإحتكار، فبائع الطعام ينتظر به غلاء الأسعار، وهو ظلم عام، وصاحبه مذموم في الشرع)[162].

2-الأصل أن الانسان حر في ملكه وله أن يعمل فيه ما يشاء، ولكن إذا اراد شخص أن ينشئ مصنع في منطقة آهلة بالسكان، فإنه يمنع من ذلك لما يسببه من أضرار ومخاطر على حياة السكان، فتقدم مصلحة عامة السكان على مصلحة صاحب المصنع ويمنع بناء المصانع في الأماكن الآهلة بالسكان تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة[163].

الفصل الثاني

اركان الجريمة

المبحث الأول: التقسيم المقاصدي للجرائم

الركن المادي للجريمة

يتكون الركن المادي للجريمة من سلوك إجرامي ونتيجة ورابطة سببية تربط بينهما.

فالسلوك فهو النشاط المادي الخارجي الذي يكون الجريمة ويحدث الضرر [164]. وهو ينقسم إلى سلوك إيجابي وسلوك سلبي.

أما السلوك الإيجابي فهو الفعل المحرم نفسه مثل القتل والسرقة والضرب ونحو ذلك، وهو يختلف باختلاف الجرائم وتنوعها.

والسلوك السلبي هو الامتناع عن العمل؛ ومن أمثلته في القوانين المعاصرة الامتناع عن تسليم الطفل لحاضنه، والامتناع عن الشهادة، والامتناع عن التبليغ بالجرائم الماسة بأمن الدولة[165]. أما في الفقه الاسلامي فهو الامتناع عن فعل مأمور به، ومن أمثلته؛ الامتناع عن إخراج الزكاة المفروضة، والامتناع عن الشهادة والامتناع عن رد المغصوب، وبالجملة الامتناع عن أي فعل مأمور به في الشرع , وأكثر الجرائم إيجابية والقليل منها سلبية[166].

والنتيجة هي الأثر الذي ينتجه السلوك ويعتد به القانون [167]، مثال ذلك إزهاق الروح في جريمة القتل، وإخراج المال من حيازة المجني عليه وحرمانه منه في جريمة السرقة، ونحو ذلك.

أنواع السلوك الإجرامي:

يقسم بعض العلماء الفعل الإجرامي حسب الموضوع الذي يقع عليه إلى قسمين؛ فعل يؤثر في شخص، وفعل يؤثر في شيء [168].

فمثال الفعل الذي يؤثر في شخص جريمة القتل , فهي تؤثر على كيان الشخص وتعدم حياته

.

وأما الفعل الذي يؤثر في شيء فمثاله ؛ جرائم الاتلاف , وجرائم السرقة والتزوير ونحوها , فكلها تقع على الشيء وتؤثر فيه إما بإعدامه كليا أو الانتقاص من قيمته , أو إزالته من حيازة الشخص .

وفي الفقه الاسلامي يمكن أيضا تقسيم السلوك الإجرامي بحسب الموضوع الذي يقع عليه إلى خمسة أقسام؛ فعل يؤثر على الدين أو على النفس أو على العقل أو على النسل أو على المال، وهذه هي المقاصد أو المصالح الضرورية الخمسة التي اتفقت على الحفاظ عليها وتحريم المساس بها كل الملل والشرائع. وهذا التقسيم للجرائم حسب مقاصد الشريعة الضرورية أو المصالح الضرورية الخمسة يخالف كما تقدم التقسيم السائد في الفقه الاسلامي للجرائم أو للسلوك الاجرامي إلى؛ جرائم حدود، وجرائم قصاص، وجرائم تعزير، لكنه مع ذلك أكثر مرونة وملائمة منه.

إن التطبيق العملي للتقسيم التقليدي للجرائم إلى جرائم قصاص وحدود قد كشف عن عيوب ومظاهر قصور كبيرة , أهمها عدم قدرة هذا التقسيم على استيعاب الأنواع الجديدة من الجرائم , ولذلك بقيت كتب الفقه الجنائي تدور حول جرائم القصاص والحدود لا تخرج منها . وسوف نتناول فيما يلي بعض مظاهر القصور في التقسيم التقليدي السائد للجرائم إلى جرائم قصاص وحدود وتعزير ثم نتطرق إلى التقسيم المقاصدي أصوله ومضمونه وفوائده .

- **مظاهر القصور في تقسيم الجرائم إلى جرائم قصاص وحدود وتعزير**

1-التركيز على جرائم الحدود والقصاص : تجري معظم كتب الفقه الجنائي الاسلامي القديمة والمعاصرة على تقسيم الجرائم إلى ثلاثة أنواع : جرائم القصاص , وجرائم الحدود , وجرائم التعزير , وهذا التقسيم الثلاثي قد جعل الفقه الجنائي الاسلامي يركز فقط على دراسة جرائم الحدود والقصاص في حالات توفر شروط تطبيقها أو تخلف تلك الشروط , ولا يتعرض لغيرها من الجرائم المختلفة والمتجددة , وهو ما أعطى نظرة غير صحيحة عن هذا الفقه بأنه عاجز عن استيعاب صور الجرائم الأخرى المتنوعة التي سادت في العصر الحديث , وكنتيجة لذلك رأينا كتب الفقه الجنائي الاسلامي خلوا من أي جرائم أخرى غير جرائم القصاص والحدود التقليدية , وبدت هذه الكتب وكأنها منبتة الصلة عما يجري في الواقع من تطور في انواع الجرائم والأفعال الغير مشروعة , وعما توصل إليه القانون و الفقه الجنائي الحديث من تنظيم أنواع مختلفة ومتعددة من الجرائم , فعلى سبيل المثال نجد أن جرائم الاتلاف وجرائم الاعتداء على العقارات بصورها المختلفة هي أكثر الجرائم وقوعا في الأرياف , وجرائم الاحتيال وخيانة الأمانة والتزوير والدعارة والفعل الفاضح هي من الجرائم التي يكثر وقوعها في المدن , ومع ذلك فإنك لا تجد أي إشارة إلى هذه الجرائم في كتب الفقه الجنائي الاسلامي القديمة منها أو الحديثة . وهذا بدون أدنى شك خلل ونقص كبير في عرض حقيقة الفقه الجنائي الاسلامي الذي يتمتع بالمرونة والقدرة على مسايرة مصالح الناس مهما اختلفت البيئات والعصور

2-تعارض التقسيم الثلاثي مع عموم الشريعة : الشريعة الإسلامية شريعة عامة أرسلت إلى كل المجتمعات والأمم في كل العصور والبيئات , فلا يخرج عن تطبيق أحاكامها بعض المكلفين دون بعض , ولا أزمنة وبيئات دون أخرى , قال الإمام الشاطبي : (الشريعة الإسلامية بحسب المكلفين عامة , بمعنى أنه لا يختص بالخطاب بحكم من أحكامها الطلبية بعض دون بعض , ولا يحاشى من الدخول تحت أحكامها مكلف البتة)[169] .

وقد أجمع العلماء المتقدمين من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك , وأجروا القضايا الخاصة التي ليس لها صيغ عامة , على العموم , إما بالقياس , أو برد الأحكام الخاصة التي تتضمن نفس المعنى إلى أصول وقواعد كلية يمكن تطبيقها على كل زمان ومكان , أو بغير ذلك من المحاولات , وذلك إعمالا لهذه القاعدة وبحيث لا يكون الحكم في النازلة المعينة مختصا بها [170].

وإذا كان العموم لكل الأحوال والبيئات في كل زمان ومكان هو من أهم خصائص الشريعة الاسلامية , فإن التقسيم الثلاثي للجرائم إلى جرائم قصاص , وحدود , وتعزير , يتعارض مع هذا العموم , لأن هذه الأنواع الثلاثة من الجرائم هي فروع وأنواع جزئية لا مجال فيها لإدخال أنواع جديدة من الجرائم والأفعال الغير مشروعة التي تجد وتتطور كل يوم بتطور المجتمعات .

إن إدراج ما يجد من الجرائم لا يمكن إلا في الكليات والقواعد العامة , لأن هذه الكليات والقواعد قابلة بطبيعتها لأن يندرج تحتها ما لا ينحصر من الصور الجزئية , ولذلك فإنه لا بد أن نعيد تقسيم الجرائم بحسب الكليات لا بحسب الأنواع الجزئية كما هو سائد الآن , وذلك حتى يتسع هذا التقسيم لإدراج الجرائم والوقائع الجزئية فيه , وأعظم الكليات في الشرع هي بدون شك المقاصد أو المصالح الضرورية الخمسة : الدين , والنفس , والعقل , والنسل , والمال , لأن جميع أحكام وتكاليف الشريعة الاسلامية ترجع اليها , ولأنها الكليات العليا في الدين وليس فوقها كليات أخرى , فيجب أن يتم تقسيم الجرائم بحسب هذه الكليات الخمسة الضرورية , حتى يمكن أن ندرج فيها ما لا ينحصر من الصور الجزئية للجرائم في الحاضر والمستقبل . وقد فعل ذلك من قبل علماء أصول الفقه الذين استنبطوا هذه المصالح الضرورية الخمسة من جرائم الحدود والقصاص , وجرموا تبعا لذلك أي أفعال تتضمن المساس بهذه المصالح , سواء نص عليها الشارع أم لم ينص عليها . وهم بذلك قد ربطوا بين عملية التجريم بوجه عام وبين مقاصد الشريعة الاسلامية الضرورية , وجعلوا كل فعل يخل بهذه المقاصد أو المصالح الضرورية الخمسة جريمة مستوجبة للعقاب , يقول الامام الغزالي في المستصفى (وهذه الأصول الخمسة – أي المصالح الضرورية الخمسة - حفظها واقع في رتبة الضرورات , فهي أقوى المراتب في المصالح , ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل , وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته , فإن هذا يفوت على الخلق دينهم , وقضاءه بإيجاب القصاص أدبه حفظ النفوس ,وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف , وإيجاب حد الزنى إذ به حفظ النسل والانساب , وإيجاب زجر الغصاب والسراق , إذ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الخلق , وهم مضطرون إليها , وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة , والزجر عنها يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل , وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق , ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقة وشرب المسكر)[171] .

وهذا المسلك الذي يربط بين التجريم وبين مقاصد الشريعة هو الذي ينبغي أن يسير عليه الفقه الجنائي الاسلامي لأنه يحقق له المرونة والقدرة على مواكبة العصر ومواجهة أي جرائم جديدة

. ويظهر حقيقة سعة هذا الفقه العظيم وصلاحيته للتطبيق في كل زمان ومكان .

- **التقسيم المقاصدي للجرائم**

أولا: أصول التقسيم المقاصدي:

التقسيم المقاصدي هو تقسيم الجرائم وفقا لمقاصد الشريعة الضرورية أو المصالح الضرورية الحمسة التي هي الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال. ومع أن هذا التقسيم قد يبدوا مغايرا للتقسيم التقليدي السائد في الفقه الاسلامي والذي يقسم الجرائم إلى جرائم قصاص، وجرائم حدود، وجرائم تعزير، إلا أن التقسيم المقاصدي له أصول بعيدة في الفقه الاسلامي، وسوف نتناول فيما يلي محاولات بعض العلماء المسلمين لتقسيم الجرائم على أساس من المقاصد أو المصالح الضرورية الخمسة على النحو الآتي:

1- تقسيم الغزالي للجرائم في المستصفى:

يرى الإمام الغزالي أن تحريم جرائم القصاص والحدود إنما يرجع إلى إخلال هذه الجرائم بالمصالح الضرورية الخمسة وهي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، فجريمة الردة حرمت لأنها تخل بمصلحة ضرورية هي مصلحة الدين، وجريمة القتل حرمت لأنها تهدر مصلحة ضرورية هي مصلحة النفس، وجريمة شرب الخمر حرمت لأنها تفوت على الانسان مصلحة ضرورية هي مصلحة العقل، وجريمة الزنى حرمت لأنها تخل بمصلحة النسل، وجريمة السرقة حرمت لأنها إعتداء على مصلحة المال.

ونظرا لأن جرائم القصاص والحدود تهدر وتفوت المصالح الضرورية الخمسة، فإن الشريعة الاسلامية وكافة الشرائع والملل اتفقت على تحريم جرائم القصاص والحدود بقصد حماية المصالح الضرورية المعتبرة في كل ملة مما يعود عليها بالإخلال والفساد.

يقول الإمام الغزالي (وهذه الأصول الخمسة – أي المصالح الضرورية الخمسة - حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح، ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر

المضل، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم، وقضاءه بإيجاب القصاص أدبه حفظ النفوس،وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف، وإيجاب حد الزنى إذ به حفظ النسل والانساب، وإيجاب زجر الغصاب والسراق، إذ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الخلق، وهم مضطرون إليها، **وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة، والزجر عنها يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل، وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق، ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقة وشرب المسكر)**[172].

وجماهير علماء الأصول يسيرون على هذا النهج ويرجعون القصد من تشريع عقوبات القصاص والحدود إلى حماية المصالح الضرورية الخمسة من التفويت والاهدار [173]. فهم قد جعلوا المصالح الضرورية الخمسة أساس أعتبار الفعل جريمة، وجعلوا كل فعل يمس هذه المصالح الضرورية الخمسة جريمة مستوجبة للعقاب.

وإذا كانت جرائم القصاص والحدود وهي أصول الجرائم في الشرع، ما حرمت وشرع العقاب عليها إلا لأنها تهدر المصالح الضرورية الخمسة، فإنه يجب أن نسير في تجريم الأفعال والوقائع الأخرى على هدى من هذه القاعدة، فنجرم من الأفعال ما يخل بهذه المصالح الضرورية الخمسة.

2- تقسيم الإمام الغزالي للجرائم في كتاب الإحياء:

تطرق الإمام الغزالي أيضا إلى التقسيم المقاصدي في كتاب الإحياء عند محاولته التمييز بين ما يعد من المعاصي كبيرة وما لا يعد كذلك، وبين أن الطريق إلى التمييز بين أنواع الكبائر هو الرجوع إلى مقاصد الشريعة الاسلامية الضرورية الخمسة، فما كان من المعاصي إعتداء على المصالح الضرورية فهو من الكبائر. يقول الإمام الغزالي (نعم لنا سبيل كلي يمكننا أن نعرف به أجناس الكبائر وأنواعها بالتحقيق. وأما أعيانها فنعرفها بالظن والتقريب، ونعرف أيضا أكبر الكبائر، فأما أصغر الصغائر فلا سبيل إلى معرفته. وبيانه أنا نعلم بشواهد الشرع وأنوار البصائر جميعا أن مقصود الشرائع كلها سياق الخلق إلى جوار الله تعالى وسعادة لقائه، وأنه لا وصول لهم إلى ذلك إلا بمعرفة الله تعالى ومعرفة صفاته وكتبه ورسله، وإليه الإشارة بقوله تعالى (وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون) الذاريات: 56، أي ليكونوا عبيدا لي. ولا يكون العبد ما لم يعرف ربه

بالربوبية ونفسه بالعبودية ولا بد أن يعرف نفسه وربه، فهذا هو المقصود الأقصى ببعثة الأنبياء، ولكن لا يتم هذا إلا في الحياة الدنيا، وهو المعني بقوله عليه الصلاة والسلام ((الدنيا مزرعة الآخرة))، فصار حفظ الدنيا أيضا مقصودا تابعا للدين لأنه وسيلة إليه. والمتعلق من الدنيا بالآخرة شيئان: النفوس والأموال، **فكل ما يسد باب معرفة الله تعالى فهو أكبر الكبائر ويليه ما يسد باب حياة النفوس ويليه باب ما يسد المعايش التي بها حياة الناس، فهذه ثلاث مراتب، فحفظ المعرفة على القلوب، والحياة على الأبدان، والأموال على الأشخاص ضروري في مقصود الشرائع كلها، وهذه ثلاثة أمور لا تتصور أن تختلف فيها الملل، فلا يجوز أن الله تعالى بعث نبيا يريد ببعثه إصلاح الخلق في دينهم ودنياهم ثم يمنعهم بما يمنعهم عن معرفته ومعرفة رسله، أو يأمرهم بإهلاك النفوس أو الأموال)**[174].

ثم يقرر الإمام الغزالي بعد ذلك أن الكبائر على ثلاث مراتب لكنه عند التفصيل يقسمها إلى خمس مراتب وذلك على النحو التالي:

-**الاعتداء على الدين:** فالدين هو المقصود الأول للشرائع، الاعتداء عليه يعد كبيرة، ويدخل في ذلك كافة صنوف الاعتداء على الدين مثل الكفر والبدع ونحوها[175].

-**الاعتداء على الأنفس:** ولكن لما كان الدين لا يمكن إقامته إلا في الحياة الدنيا، فإن حفظ الحياة الدنيا لأجل الدين يكون مقصودا أيضا، وأهم الأمور التي يجب حفظها في الدنيا هي النفوس والأموال، فالاعتداء على النفوس والأموال يعد من الكبائر [176].

فبحفظ النفوس وبقائها تحصل إقامة الدين، ولذلك كان قتل النفس من الكبائر، ويليه الاعتداء على الأطراف والضرب[177].

-**الاعتداء على النسل:** ويلي القتل الاعتداء على النسل أيضا، فالزنى وإن كان لا يفوت أصل الحياة للإنسان إلا أنه يشوش الأنساب ويبطل التوارث والتناصر وجملة من الأمور التي لا ينتظم العيش إلا بها، كما أنه يحرك أسباب ودواعي التقاتل [178].

-**الاعتداء على الأموال:** الأموال هي معايش الخلق، وبحفظها تحفظ النفوس، فلا يجوز تسليط الناس على تناولها بالاستيلاء والسرقة وغيرها، وينبغي أن يكون الاعتداء عليها من الكبائر [179].

-**الاعتداء على العقل:** والعقل يجب حفظه كما يجب حفظ النفس، بل لا خير في النفس بدون العقل، وقد شدد الشرع فيه وأوجب عليه الحد، ولذلك فإن الشرب لما يزيل العقل هو من الكبائر أيضا [180].

جرائم تلحق بالكبائر أيضا:

الأعراض وهي دون الأموال في الريبة، ولتناولها مراتب، أعظمها التناول بالقذف. وقد عظم الشرع أمره وأوجب عليه الحد، فباعتبار أنه وجب فيه الحد فإنه يعد كبيرة [181].

وسب الناس بكل شيء سوى الزنا وضربهم والغصب لأموالهم واخراجهم كن مساكنهم لا يعد من الكبائر بالنص، لكن يجوز الحاقه بالكبائر [182].

3- تقسيم الإمام ابن رشد:

بعد الإمام الغزالي جاء الإمام ابن رشد وأشار إلي التقسيم المقاصدي في كتاب البداية، وقد قسم الجرائم في هذا الكتاب حسب المصلحة الضرورية التي تقع عليها الجريمة، فقال (والجنايات التي لها حدود مشروعة أربع:

1-جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء، وهو المسمى قتلا وجرحا.

2-وجنايات على الفروج، وهو المسمى زنا وسفاحا.

3-وجنايات على الأموال، وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمي حرابة إذا كان بغير تأويل، وإن كان بتأويل سمي بغيا، مأخوذا على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا.

4-وجنايات على الأعراض، وهو المسمى قذفا.

5-وجنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب، وهذه إنما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط، وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله

عليه)[183].

وعلى الرغم من أن الامام ابن رشد لا يسير تماما في هذا التقسيم مع مقاصد الشريعة الاسلامية الخمسة، إلا أنه يكفي في مقام الاستشهاد أنه أعتمد هذه المصالح أو المقاصد الضرورية الخمسة كأساس للتقسيم

ثانيا: شرح التقسيم المقاصدي:

يمكننا أن نقسم الجرائم حسب المصلحة الضرورية التي تقع عليها الجريمة إلى ما يلي:

1-جرائم تقع على الدين

2-جرائم تقع على النفس

3-جرائم تقع على العقل

4-جرائم تقع على النسل

5-جرائم تقع على المال

وسوف نتناول هذه الأنواع من الجرائم لنبين كيف بمكن لهذه الأنواع أن تستوعب كافة ما يجد من الجرائم في كل زمان ومكان.

أولا: الجرائم الواقعة على الدين:

وهي الجرائم التي تتضمن معنى الاساءة للدين مثل الجرائم الماسة بحرمة العقيدة كالردة والاساءة للأديان والسخرية من الشعائر الدينية واهانتها ونحو ذلك مما يمس الدين.

ثانيا: الجرائم الواقعة على النفس:

الجرائم التي تقع على النفس إما أن تنال من الكيان المادي للإنسان أو من الكيان النفسي له.

فالجرائم التي تقع على الكيان المادي تنقسم إلى جرائم تهدر نفس الانسان، وجرائم تضر بسلامة جسمه فقط، وجرائم تمنع جسمه من الحركة.

وهذه الجرائم تشترك كلها في أنها تقع على جسد الانسان، فجسم الانسان هو موضوع هذه الجرائم.

وأما الجرائم التي تؤثر على نفسية الإنسان فهي تنقسم إلى جرائم تقع على إرادته، وجرائم تؤثر في مشاعره.

وسوف نتناول هذه الأنواع فيما يلي:

1-جرائم تهدر نفس الانسان: وهي الجرائم التي تؤدي إلى اهدار نفس الانسان واعدام حياته، وهذه الجرائم هي جرائم القتل، وقد حرمت الشريعة الاسلامية جريمة القتل العمد إلا أنها لم تحدد للقتل فعلا أو أسلوبا معينا، فيجوز أن يقع القتل بأي وسيلة قديمة أو حديثة، مألوفة أو غير مألوفة، مادية أو معنوية. وبذلك فإن الشريعة الاسلامية تستوعب أي وسيلة للقتل قد تجد في المستقبل، فالشريعة إنما اقتصرت على النص على النتيجة وهي القتل وزهوق الروح، فمتى تحققت هذه النتيجة استوجب الفاعل العقاب مهما كانت الوسيلة التي استخدمها.

2-جرائم تمس بسلامة جسم الانسان: وهذه الجرائم تسبب لجسم الانسان أضرارا دون القتل، وهي على انواع عديدة، فمنها ما لا يترك أثرا مثل جرائم الضرب، ومنها ما يؤدي إلى إحداث تمزيق وجرح في جسم الانسان، وهذه هي جرائم الجرح، ومنها ما يؤدي إلى عاهة لا تبرأ، وهذه ما تسمى بالعاهة المستديمة.

3-جرائم تتعلق بمنع الانسان من الحركة: وهذه الجرائم تؤدي إلى منع الانسان من الحركة وحرمانه من حريته، وهي تتنوع بحسب المدة التي يتم فيها تقييد حركة الجسم، فإذا كانت هذه المدة أقل من اليوم سميت الجريمة قبضا بدون حق، وأما إذا استطالت مدة المنع فإن الجريمة تسمى حبسا بدون حق.

4-جرائم تتعلق بالتأثير في نفسية المجني عليه: ومنها الجرائم التي تقع على إرادة المجني عليه كجرائم التهديد والابتزاز وجميع صور جرائم الاكراه المعنوي الذي يقع على إرادة الشخص ويؤثر فيها.

وكذلك الجرائم التي تقع على مشاعر المجني عليه مثل جرائم القذف والسب والاهانة ونحوها من الجرائم التي تؤذي مشاعر الانسان [184].

ثالثا: الجرائم الواقعة على العقل:

وهي تناول المطعومات والمشروبات المحرمة التي تلحق الضرر بعقل الشخص، مثل جرائم شرب الخمرة، وجرائم تناول المخدرات بأنواعها أو تناول نحو ذلك من المواد التي تصيب عقل الانسان فتؤثر فيه سلبا أو تدخله في غيبوبة أو سكر.

رابعا: الجرائم الواقعة على النسل:

وهذه الجرائم إما أن ترجع إلى إشباع الغريزة أو الحاجة الجنسية بطريقة غير مشروعة، أو إلى مخالفة الأداب والأخلاق العامة.

فالنوع الأول المتعلق بالممارسة الجنسية الغير مشروعة يشمل الممارسة الكاملة التي تعد من قبيل الزنا المحرم شرعا، الممارسة الجزئية التي هي دون ذلك مثل جرائم هتك العرض والفعل الفاضح الذي يتعلق بالجسم [185].

أما النوع الثاني الذي يرجع إلى مخالفة الآداب والأخلاق العامة فيشمل جميع الجرائم التي فيها مخالفة لأخلاق وآداب الشريعة الاسلامية مثل كشف العورة والاختلاء بالاجنبية في مكان خاص والتحرش بالنساء ونحو ذلك من الأفعال التي لا تنحصر والتي تندرج في جريمة الفعل الفاضح.

وقد رأينا ان النظر إلى حماية المصلحة الضرورية يكون باعتبار تعلقها بالأفراد وباعتبار تعلقها بعموم المجتمع، فالجرائم السابقة تندرج في الاخلال بمصلحة النسل باعتبار تعلقها بالأفراد

فقط.

أما الاخلال بمصلحة النسل باعتبار تعلقها بالمجتمع فيشمل جميع جرائم الآداب العامة مثل جرائم الدعارة وجرائم التحريض على الفسق والفجور وجرائم حيازة وتوزيع والاتجار بالصور والأفلام الفاضحة وبوجه عام كل ما يؤدي إلى نشر الفاحشة بين عموم أفراد المجتمع.

خامسا: الجرائم الواقعة على المال:

الجرائم الواقعة على المال تتنوع إلى أنواع كثيرة يصعب حصرها أو تعدادها، ومع ذلك فإنه يمكن رد هذه الجرائم إلى أصناف رئيسة عامة يقع تحت كل صنف مجموعة من هذه الجرائم، ويقوم هذا التصنيف لجرائم الأموال على طبيعة ونوع التأثير الذي تحدثه في الأشياء والأشخاص. ونتناول فيما يلي بعض هذه التصنيفات:

1-جرائم تتضمن الانتقاص من قيمة المال أو إعدامه: ويندرج في هذا النوع جميع جرائم الاتلاف والتخريب والتعطيل والاضرار بوجه عام والتي تؤدي إلى الانتقاص من القيمة المادية للشيء أو جعله غير صالح للإستعمال.

2-جرائم تتضمن إيجاد المال أو تعديله على نحو يخدع الغير: وهذا النوع يشمل جميع جرائم تزييف المال سواء بالإيجاد كاصطناع المحررات وتزوير العلامات والأختام وتزييف العملات، أو بالتعديل كالتزوير المادي بتغيير أو محو بيانات في صلب المحرر، وبوجه عام كل الجرائم التي تؤدي إلى تزييف حقيقة المال على نحو يخدع الآخرين.

3-جرائم تتضمن إزالة علاقة المال بالأشخاص والأماكن: المقصود بإزالة العلاقة بين المال وبين الأشخاص جميع الجرائم التي تتضمن إخراج المال من حيازة الأشخاص وإزالة علاقتهم به مثل جرائم السرقة والنهب وخيانة الأمانة والنصب والإحتيال.

وأما الجرائم التي تتضمن إزالة علاقة المال بالأشياء فهي مثل إزالة الحدود والعلامات بين الأراضي.

4-جرائم تتضمن إيجاد علاقة بين الأشخاص والأشياء: وذلك مثل جرائم انتهاك حرمة المسكن أو العقار لأن هذه الجرائم تتضمن إنشاء علاقة بين الشخص وبين المكان الذي قام بالدخول إليه واغتصابه.

5-جرائم تتضمن صناعة أشياء مضرة: مثل جرائم صناعة المفرقعات والقنابل، وجرائم صناعة الأغذية والأدوية والعقاقير المغشوشة [186].

ويلاحظ أن جرائم المال ينظر إليها من حيث تعلقها بالأفراد كما تقدم في الأمثلة السابقة، وينظر إليها أيضا من حيث تعلقها بعموم أفراد المجتمع، مثل جرائم اتلاف وتخريب وتعطيل الأموال والمرافق العامة وجرائم الرشوة والاختلاس والغدر واستغلال النفوذ ونحوها من الجرائم التي تخل بمصلحة المال العام للمجتمع.

- **ترتيب الجرائم:**

ترتب الجرائم من حيث الخطورة والجسامة بحسب المصلحة التي تقع عليها، فالجرائم الأكثر جسامة هي التي تخل وتهدر المصالح الضرورية الخمسة، الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال. لأن هذه المصالح الضرورية لازمة للحفاظ على كيان المجتمع ووجوده، والعمل على الحفاظ عليها هو عمل للحفاظ على المصلحة العامة ككل وليس فقط على مصلحة الفرد، فحفظ دين الفرد هو حفظ لدين المجتمع، والمحافظة على ماله هو في نفس الوقت حماية للمال الذي يقوم عليه نظام المجتمع ككل، وهكذا في بقية المصالح الضرورية، ومن هنا كان إهدار هذه المصالح يؤدي إلى الإفساد العام، وإلى إختلال كيان المجتمع وتعريض بقاءه ووجوده للخطر.

يقول الإمام الشاطبي (ومن ذلك أن العمل على المقاصد الأصلية – أي الضروريات الخمس – يصير الطاعة أعظم، وإذا خولفت كانت معصيتها أعظم.

أما الأول: فلأن العامل على وفقها عامل على الإصلاح لجميع الخلق والدفع عنهم على الإطلاق.

واما الثاني: فإن العامل على مخالفتها عامل على الإفساد العام، وهو مضاد للعامل على الإصلاح العام. وقد مر أن قصد الإصلاح العام يعظم به الأجر، فالعامل على ضده يعظم به وزره..

ومن هنا تظهر قاعدة أخرى: وهي أن أصول الطاعات وجوامعها إذا تتبعت وجدت راجعة إلى اعتبار المقاصد الأصلية. وكبائر الذنوب إذا اعتبرت وجدت في مخالفتها)[187]

إن أعظم الجرائم في الشرع هو ما يكر على المصالح الضرورية بالإخلال، ومع ذلك فإن هذه المصالح الضرورية ليست على وزان واحد، بل هي تتدرج في الأولية، فتقدم مصلحة الدين على النفس، ومصلحة النفس على العقل والمال وهكذا، ولذلك فإن الجرائم تتفاوت في جسامتها بحسب نوع المصلحة الضرورية التي تقع عليها، فتقدم الجرائم التي تقع على الدين على الجرائم التي تقع على النفس وهكذا بحسب ترتيب الضروريات الخمسة. ثم في نطاق كل مصلحة ضرورية ترتب الجرائم من حيث الجسامة بحسب درجة الإخلال والفساد الذي يلحق بالمصلحة الضرورية، فإذا كانت الجريمة تسبب مفسدة كبيرة للمصلحة الضرورية كانت هذه الجريمة هي من أعظم الجرائم جسامة وخطورة، ثم يتدرج ترتيب الجرائم في الجسامة بحسب مقدار الفساد الذي تلحقه بالمصلحة الضرورية. يقول الإمام الشاطبي أيضا: (المفهوم من وضع الشارع أن الطاعة أو المعصية تعظم بحسب عظم المصلحة والمفسدة الناشئة عنها، **وقد علم من الشريعة أن أعظم المصالح جريان الأمور الضرورية الخمسة المعتبرة في كل ملة، وأن أعظم المفاسد ما يكر بالإخلال عليها.**

والدليل على ذلك ما جاء من الوعيد على الإخلال بها، كما في الكفر وقتل النفس وما يرجع إليه، والزنى والسرقة وشرب الخمر وما يرجع إلى ذلك، مما وضع له حد أو وعيد، بخلاف ما كان راجعا إلى حاجي أو تكميلي، فإنه لم يختص بوعيد في نفسه ولا بحد معلوم يخصه، فإن كان كذلك فهو راجع إلى أمر ضروري. والاستقراء بين ذلك فلا حاجة لبسط الدليل عليه.

إلا أن المصالح والمفاسد ضربان:

أحدهما: ما به صلاح العالم أو فساده، كإحياء النفس في المصالح، وقتلها في المفاسد.

والثاني: ما به كمال ذلك الصلاح أو ذلك الفساد، وهذا الثاني ليس في مرتبة واحدة، بل هو على مراتب، وكذلك الأولى على مراتب أيضا.

فإذا نظرنا إلى الأول وجدنا الدين أعظم الأشياء، ولذلك يهمل في جانبه النفس والمال وغيرهما، ثم النفس؛ ولذلك يهمل في جانبها إعتبار قوام النسل والعقل والمال، فيجوز عند طائفة من العلماء لمن أكره بالقتل على الزنى أن يقي نفسه به، وللمرأة إذا اضطرت وخافت الموت ولم تجد من يطعمها إلا ببذل بضعها جاز لها ذلك، وهكذا سائرها، ثم إذا نظرنا إلى بيع الغرر مثلا وجدنا المفسدة في العمل به على مراتب، فليس مفسدة بيع حبل الحبلة كمفسدة بيع الجنين في بطن أمه الحاضرة الآن، ولا بيع الجنين في البطن كبيع الغائب على الصفة، وهو ممكن الرؤية من غير مشقة، وكذلك المصالح في التوقي عن هذه الأمور.

فعلى هذا إذا كانت الطاعة والمخالفة تنتج من المصالح والمفاسد أمرا كليا ضروريا، كانت الطاعة لاحقة بأكان الدين، والمعصية كبيرة من كبائر الذنوب.

وإن لم تنتج إلا أمرا جزئيا فطاعة لا حقة بالنوافل واللواحق الفضلية، والمعصية صغيرة من الصغائر.

وليست الكبيرة في نفسها مع كل ما يعد كبيرة على وزان واحد، ولا كل ركن مع ما يعد ركنا على وزان واحد أيضا، كما أن الجزئيات في الطاعة والمخالفة ليست على وزان واحد، بل لكل منها مرتبة تليق بها)[188].

- **العقاب يتبع المصلحة:**

العقوبة تتفاوت بحسب نوع المصلحة الضرورية المعتدى عليها، فالعقاب على الاعتداء على مصلحة الدين أو النفس أعظم وأشد من العقاب على الاعتداء على مصلحة العقل أو المال، وهذا أصل مقرر في الشريعة الاسلامية. يقول الإمام القرافي في الفروق:(إعلم أن الأصل في كثرة الثواب، وقلته، وكثرة العقاب، وقلته، أن يتبعا كثرة المصلحة في الفعل وقلتها، كتفضيل التصدق بالدينار على التصدق بالدرهم، وإنقاذ الغريق من بني آدم مع إنقاذ الغريق من الحيوان البهيمي، **وإثم الأذية في الأعراض والنفوس أعظم من الأذية في الأموال، وهذا هو غالب الشريعة)[189].**

- **مميزات التقسيم المقاصدي:**

1-التقسيم المقاصدي هو الوسيلة لحفظ المصالح الضرورية:

تقسيم الجرائم بحسب مقاصد أو مصالح الشريعة الضرورية الخمسة هو وسيلة لحفظ هذه المصالح من أي إخلال أو إفساد بها. إذ يمكن للمشرع حماية أي من المصالح الضرورية من خلال تجريم أي فعل يمس المصلحة الضرورية مهما كانت درجة الاخلال التي يلحقها بهذه المصلحة، فيضمن بالتالي أن لا يخرج عن المنع أي فعل يتضمن إخلال أو فساد بالمصالح الضرورية الخمسة، وهذا على خلاف التقسيم الثلاثي الذي يقتصر على حماية المصالح الضرورية من جرائم معينة ومحدودة؛ هي جرائم القصاص والحدود فقط، ويتركها بدون حماية من الجرائم الأخرى التي هي الأوسع والأكثر. وبما ان التقسيم المقاصدي هو وسيلة لحفظ المصالح الضرورية، فإنه يكون واجب العمل به، لأن فيه دفع المفاسد عنها. يقول الإمام الغزالي (ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، **فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة)**[190].

ويقول (وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة، والزجر عنها يستحيل ألا تشتمل عليه ملة من الملل، وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق، ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقة وشرب المسكر)[191].

إن المصالح الضرورية الخمسة هي كليات الشريعة وأصولها، وجميع الأحكام ترجع إليها، وما من حكم كلي أو جزئي إلا ويرجع إليها بالحفظ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب على كل مكلف أن يحرص على الحفاظ عليها ودرء الفساد عنها، كما يجب على المجتمع حماية هذه المصالح من الإخلال وحراستها بالعقوبات الرادعة.

يقول الإمام الشاطبي (تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدوا ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون ضرورية

والثاني أن تكون حاجية

والثالث: أن تكون تحسينية

فأما الضرورية فمعناها أنه لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين.

والحفظ لها يكون بأمرين:

أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم)[192].

ويقول (فأما المقاصد الأصلية: فهي التي لا حظ فيها للمكلف، وهي الضروريات المعتبرة في كل ملة، وإنما قلنا إنها لا حظ فيها للعبد من حيث هي ضرورية، لأنها قيام بمصالح عامة مطلقة، لا تختص بحال دون حال، ولا بصورة دون صورة، ولا وقت دون وقت، لكنها تنقسم إلى ضرورية عينية، وإلى ضرورية كفائية.

فأما كونها ضرورية عينية: فعلى كل مكلف في نفسه. فهو مأمور بحفظ دينه اعتقادا وعملا، وبحفظ نفسه قياما بضرورية حياته، وبحفظ عقله حفظا لمورد الخطاب من ربه إليه، وبحفظ نسله التفاتا إلى بقاء عوضه في عمارة هذه الدار، ورعيا له من وضعه في مضيعة إختلاط الأنساب العاطفة بالرحمة على المخلوق من ماله. وبحفظ ماله استعانة على إقامة تلك الأوجه الأربعة، ويدل على ذلك أنه لو فرض اختيار العبد خلاف هذه الأمور لحجر عليه، ولحيل بينه وبين اختياره..

وأما كونها كفائية: فمن حيث كانت منوطة بالغير أن يقوم بها على العموم في جميع المكلفين، لتستقيم الأحوال العامة...)[193]

فالفرد مأمور بالحفاظ على المصالح الضرورية الخمسة ودفع ما يخل بها عن نفسه، والمجتمع ككل مأمور بالحفظ عليها وحراستها ومنع التعدي عليها، ولا يكون ذلك إلا بتشريع العقوبات الرادعة على كل ما يخل بها من الجرائم. والتقسيم المقاصدي هو الذي يسهل معرفة كافة أنواع الجرائم التي تقع على المصالح الضرورية وتشريع العقوبات الرادعة لها. بما يحقق في النهاية الحماية الشاملة لها.

2-التقسيم المقاصدي فيه اعتبار الجزئيات بالكليات:

إن المصالح الضرورية هي كليات الشريعة التي ترجع إليها جميع الأحكام الجزئية والكلية في مختلف أبواب وفروع الشريعة، ولذلك فهي قاضية على ما تحتها من الجزئيات، فيجب أن تعتبر هذه الجزئيات بها، ولا تؤخذ مستقلة عنها. يقول الإمام الشاطبي (لما انبنت الشريعة على قصد المحافظة على المراتب الثلاث من الضروريات والحاجيات والتحسينات، وكانت هذه الوجوه مبثوثة في أبواب الشريعة وأدلتها، غير مختصة بمحل دون محل، ولا بباب دون باب، ولا بقاعدة دون قاعدة، كان النظر الشرعي فيها أيضا عاما لا يختص بجزئية دون أخرى لأنها كليات تقضي على كل جزئي تحتها. وسواء كان جزئيا إضافيا أم حقيقيا إذ ليس فوق هذه الكليات كلي تنتهي إليه، بل هي أصول الشريعة، وقد تمت، فلا يصح أن يفقد بعضها حتى يفتقر إلى إثبات بعضها بقياس أو غيره، فهي الكافية في مصالح الخلق عموما وخصوصا لأن الله تعالى قال: (اليوم أكملت لكم دينكم) المائدة: 3، وقال: (ما فرطنا في الكتاب من شيء) الأنعام: 38، وفي الحديث: ((تركتكم على الجادة.. الحديث)) وقوله ((لا يهلك على الله إلا هالك)) ونحو ذلك من الأدلة الدالة على تمام الأمر وإيضاح السبيل.

وإذا كان كذلك وكانت الجزئيات وهي أصول الشريعة فما تحتها مستمدة من تلك الأصول الكلية – شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات – **فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والاجماع والقياس، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها، فمن أخذ بنص مثلا في جزئي معرضا عن كليه فقد أخطأ)**[194].

وطبقا لهذه القاعدة فإنه يجب أن تعتبر أحكام القصاص والحدود الجزئية بالكليات الضرورية التي ترجع إليها، فلا تؤخذ مستقلة عنها، ويكون ذلك بأن تربط كل مسألة أو حكم من مسائل وأحكام الحدود والقصاص بالكلية الضرورية التي تنتمي إليها، فالقصاص مثلا يرجع إلى حفظ مصلحة ضرورية من كليات الشريعة وهي مصلحة حفظ النفس، وبالتالي يجب أن يعتبر بهذه المصلحة الكلية ويؤخذ كفرع منها لا أن يؤخذ مستقلا عنها.

وكذلك الأمر في الحدود الشرعية وهي الردة والزنى وشرب الخمرة والسرقة، فهي كلها ترجع إلى مصالح ضرورية من كليات الشريعة، وهي الدين والعقل والنسل والمال، ويجب أن نعتبرها بهذه الكليات، فتربط بها وتؤخذ متفرعة عنها، لا أن تؤخذ مستقلة كما هو سائد في كتب الفقه الجنائي الاسلامي الحديثة.

والتقسيم المقاصدي للجرائم مبني كله على هذه القاعدة، فهو قائم على الربط بين جزئيات المسائل في القصاص والحدود وبين كليات الشريعة من المصالح الضرورية التي تنتمي إليها، ويدرس هذه الجرائم كفروع عن الكليات الضرورية ويردها إليها، ولا يأخذها مستقلة عنها، وبالتالي فإن هذا التقسيم هو نوع من أنواع اعتبار الجزئيات بالكليات، وتطبيق من تطبيقات هذه القاعدة. وعلى الرغم من أن الأمثلة التي يوردها العلماء لقاعدة الاعتبار تنحصر فقط في التعارض بين الجزئيات والكليات، إلا أن قاعدة الاعتبار عامة تجري على كل ما يصح أن يندرج تحتها، ومن ذلك ما يتضمنه التقسيم المقاصدي عند النظر في مسائل وأحكام الحدود والقصاص من ملاحظة الكليات الضرورية التي ترجع إليها، فهو من باب اعتبار الكليات عند إجراء الجزئيات وردها إليها.

3-التقسيم المقاصدي يستوعب جميع أنواع الجرائم:

إن التقسيم المقاصدي يجعل من السهل على كتب الفقه الجنائي الاسلامي إستيعاب صور الجرائم المتنوعة التي ظهرت في الوقت الحاضر وما يستجد منها في المستقبل، إذ يمكن بسهولة رد الجرائم المختلفة إلى المصالح الضرورية التي تشكل هذه الجرائم إخلالا بها. وقد تقدمت أمثلة لذلك في فقرة أنواع الجرائم. وهذا الأمر من شأنه أن يتلافى النقص والخلل الحاصل في كتب الفقه الجنائي الاسلامي سواء منها القديمة أو الحديثة.

المبحث الثاني: فلسفة القصد الجنائي في الشريعة الاسلامية

لا يكفي لقيام الجريمة أن يصدر عن الشخص سلوك إجرامي، بل لا بد أن يكون هذا السلوك صادرا عن إرادة الشخص واختياره، فإذا لم يكن صادرا بإرادته فإن الجريمة لا تقوم. وهذا ما يسمى بالركن المعنوي.

ووفقا لذلك ينعدم الركن المعنوي إذا أصبح جسم الانسان أداة في يد قوة خارجة عنه، كما يحدث في الامساك بيد شخص وقهرها عنفا على التوقيع بإمضاء في سند مزور، أو القذف بجسم شخص ماديا على جسم شخص آخر فيقع هذا أرضا ويصاب بجروح ورضوض[195].

والركن المعنوي يتخذ عدة صور هي؛ القصد الجنائي أي العمد، والإهمال أو الخطأ الغير عمدي، والقصد المتجاوز.

والمقصود هو بيان هذه الصور في ضوء مقاصد الشريعة الاسلامية، ولذلك فسوف نتطرق بإيجاز إلى مفهومها في الفقه الجنائي الوضعي ثم نبين موقف الشريعة الاسلامية منها على النحو التالي:

- **مفهوم القصد الجنائي أو العمد في القانون الوضعي :**

هناك نظريتان في تحديد مفهوم القصد الجنائي أو العمد، الأولى نظرية العلم وهي ترى أن القصد الجنائي هو اتجاه إرادة الجاني إلى السلوك الإجرامي فقط دون النتيجة، والثانية هي نظرية

الإرادة وهي ترى أن القصد الجنائي هو إتجاه إرادة الجاني إلى السلوك وإلى النتيجة الإجرامية معا. وسوف نتطرق إلى النظريتين فيما يلي:

1-نظرية العلم:

وفقا لهذه النظرية فإنه يكفي لتوفر القصد الجنائي أو العمد إتجاه الإرادة لتحقيق السلوك الإجرامي مع العلم بتيجته وبكافة الظروف والملابسات التي تتصل بالجريمة، فلا تشترط هذه النظرية إتجاه الارادة إلى تحقيق النتيجة الإجرامية إلى جانب إتجاهها لتحقيق السلوك الاجرامي.

وذلك لأن الإرادة هي التي تنشيء الفعل، وهي بهذا المعنى تفترض امتلاك صاحبها القدرة على إحداثه من عدمه، وهذا يتحقق في إرادة السلوك، لأن الإرادة يمكن أن تسيطر على السلوك من خلال توجيه أعضاء الجسم إلى القيام به [196].

أما النتيجة فلا تملك الإرادة القدرة على إحداثها من عدمه، لأن حدوثها هو ثمرة لتفاعل قوانين طبيعية حتمية لا سيطرة لإرادة الإنسان عليها، والقول باتجاه الإرادة إلى إحداث النتيجة هو قول يفترض سيطرة الجاني على القوانين الطبيعية التي تعمل على إحداثها [197]، وهذا الأمر غير صحيح. فالنتيجة تقع دائما كلما تحققت أسبابها، وتتخلف كلما تخلف بعضها، دون أن يكون للإرادة سيطرة عليها في الحالتين [198]. فالوفاة في جريمة القتل، وتلف المال في جريمة الاتلاف، هي أمور خارجة عن إرادة المجني عليه ولا سلطان له عليها.

أما بالنسبة للظروف والملابسات الأخرى التي تتصل بالجريمة مثل كون المسروق مالا منقولا مملوكا للغير، وكون المقتول إنسان حي،.. الخ، فهذه أمور لا يصح أن تتجه الإرادة إلى تحقيقها، لأنها سابقة في الوجود على السلوك الإجرامي، وإنما يصح أن يتعلق بها العلم فقط[199].

وخلاصة هذه النظرية هي أنه يكفي لقيام القصد الجنائي أو العمد إرادة السلوك الاجرامي فقط مع العلم بنتيجته الاجرامية عن طريق التصور أو التوقع [200]. ففي جريمة القتل العمد مثلا يكفي لقيام القصد الجنائي إرادة السلوك الاجرامي، وهو فعل القتل، وأما النتيجة التي هي زهوق الروح فلا يشترط أن تتجه إرادة الجاني إلى تحقيقها لأنها أمر خارج عن إرادته، وإنما يكفي فقط العلم بأنها نتيجة لفعل القتل.

2-نظرية الإرادة:

يرى أنصار هذه النظرية أنه لا يكفي لقيام القصد الجنائي أن تتجه الإرادة إلى السلوك الإجرامي فقط، بل يجب أن تتجه الإرادة إلى النتيجة أيضا، وإلى كل ما يدخل في تكوين الجريمة من ظروف وملابسات.

- **القصد الجنائي في الشريعة الإسلامية:**

1- لزوم توافر القصد:

الفعل أو الترك في الشريعة الاسلامية لا يتعلق به أي حكم من الأحكام إلا بالقصد، فإذا عري عن القصد لم يتعلق به حكم، وهذه قاعدة عامة جارية في جميع الأفعال مثل الواجب والمباح والمحرم.. الخ، وبناء على ذلك فإن الفعل المحرم أو المعصية لا يتعلق به حكم التحريم أو المنع إلا بالقصد، فإذا تخلف القصد لدى الفاعل لم يتعلق بالفعل أو الترك حكم التحريم، والدليل على هذه القاعدة حديث ((إنما الأعمال بالنيات))، فهذا الحديث يدل على أن العمل بدون نية لا اعتبار له في الشرع، وكذلك عدم اعتبار أفعال النائم، والصبي، والمجنون، وعدم تعلق الحكم بها، لانعدام القصد لديهم. يقول الإمام الشاطبي (الأحكام الخمسة إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد، فإذا عريت عن المقاصد لم تتعلق بها. والدليل على ذلك أمور:

أحدها: ما ثبت من الأعمال بالنيات، وهو أصل متفق عليه في الجملة، والأدلة عليه لا تقصر عن مبلغ القطع، ومعناه أن مجرد الأعمال من حيث هي محسوسة فقط، غير معتبرة شرعا على حال..، وإذا لم تكن معتبرة حتى تقترن بها المقاصد، كان مجردها في الشرع بمثابة حركات العجماوات والجمادات، والأحكام الخمسة لا تتعلق بها عقلا ولا سمعا؛ فكذلك ما كان مثلها.

والثاني: ما ثبت من عدم اعتبار الأفعال الصادرة من المجنون والنائم والصبي والمغمى عليه، وأنها لا حكم لها في الشرع بأن يقال فيها: جائز، أو ممنوع، أو واجب، أو غير ذلك؛ كما لا اعتبار بها من البهائم. وفي القرآن: (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) الأحزاب: 5، وقال (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا) البقرة: 286، قال: قد فعلت. وفي معناه

الحديث: ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)). وإن لم يصح سندا فمعناه متفق على صحته. وفي الحديث أيضا ((رفع القلم عن ثلاث)) فذكر الصبي حتى يحتلم، والمغمى عليه حتى يفيق. فجميع هؤلاء لا قصد لهم. وهي العلة في رفع أحكام التكليف عنهم)[201].

2- لا يشترط القصد إلى النتيجة:

يرى الإمام الشاطبي أن للمكلف أن يقصد السبب ويتعاطاه، لأنه داخل تحت قدرته وكسبه، وأما النتيجة فإن المكلف لا يطالب بالقصد إليها، لأنها ليست من مقدوره وإنما هي من خلق الله سبحانه وتعالى.

فالمكلف مثلا يقوم ببذر البذور في الأرض والسقاية لها، ولكن النتيجة التي تنشأ عنها وهي إنبات الزرع ليست من فعل المكلف ولا تدخل تحت قدرته، وإنما هي من فعل الله تعالى، فالله تعالى هو الذي يخلق الزرع عقب البذر والسقاية، والمكلف له أن يبذل السبب وهو النكاح، ولكن تكون الجنين ليس له، وإنما هو من فعل الله تعالى الذي خلق الجنين في الرحم من النطفة، وهكذا في بقية الأسباب، فالأسباب لا تفعل شيئا ولا تنتج المسببات، بل الذي يخلق النتائج أو المسببات هو الله تعالى. ولذلك قال الله تعالى (أفرأيتم ما تحرثون، أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون) الواقعة: 63، 64، وقال: (أفرأيتم ما تمنون، أأنتم تخلقونه أم نحن الخالقون) الواقعة: 58، 59. فهذه الآيات تدل على أن السبب وهو البذر والنكاح للعبد، وأما ما ينشأ عن السبب من نتيجة مثل الزرع والأولاد فهو من خلق الله تعالى.

وإذا كان الأمر كذلك فإن المكلف لا يخاطب إلا بالأسباب، ولا يتعلق التكليف إلا بها، وأما المسببات فهي تخرج عن خطاب التكليف، لأنها ليست من مقدور المكلف، ولو تعلق بها لكان تكليفا بما لا يطاق[202].

وبناء على ذلك فإنه لا يشترط في الدخول في الأسباب وتعاطيها الإلتفات إلى النتائج ولا القصد إليها، لأن النتائج أو المسببات راجعة إلى الله تعالى، وليست من مقدور المكلف، وإذا لم تكن راجعة إلى المكلف فلا يلزم بمراعاتها، وإنما يلزم بمراعاة ما هو داخل تحت كسبه وقدرته وهو السبب لا غير [203].

3-هل يسأل المكلف عن النتيجة:

إذا أتى المكلف السبب فإنه يسأل عن نتيجته، سواء قصد النتيجة أم لا، وذلك لأنه لما جعلت النتيجة مترتبة عن السبب في مجاري العادات، اعتبر كأنه فاعل لها أيضا.

وتفصيل قاعدة مجاري العادات: أن سنة الله تعالى جرت على خلق النتائج أو المسببات عند وجود اسبابها، وترتيب بعضها على بعض بحيث لا تتخلف النتيجة عن السبب إلا قليلا [204]، مثل خلق الزرع عقب البذر، وخلق الجنين عقب النطفة، وخلق الاحتراق عند ملاقاة النار، وخلق الري عقب الشرب، وخلق الشبع عقب تناول الطعام، وخلق الموت عند حز الرقبة. وهذا التكرار والتلازم بين الأسباب والمسببات ينشأ عنه في ذهن الناس ما يشبه القانون أن السبب الفلاني ينشأ عنه المسبب الفلاني أو النتيجة الفلانية[205]. فيعلم المكلف ما يفضي إليه السبب من الخير فيطلب حصوله , أو من الشر فيتجنبه [206] , ويسمى ذلك بقاعدة مجاري العادات.

ويترتب على قاعدة مجاري العادات أن النتائج التي تنشأ عن أفعالنا تنسب إلى هذه الأفعال، ويكون فاعل السبب كأنه فاعل النتيجة.

يقول الإمام الشاطبي (إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب، قصد ذلك المسبب أو لا، لأنه لما جعل مسببا عنه في مجرى العادات، عد كأنه فاعل له مباشرة، ويشهد لهذا قاعدة مجاري العادات، إذ أجرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها، كنسبة الشبع إلى الطعام، والإرواء إلى الماء، والإحراق إلى النار، والإسهال إلى السقمونيا، وسائر المسببات إلى أسبابها، فكذلك الأفعال التي تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا)[207]

وعرف الشرع يجري على هذا الوزان في الأسباب الشرعية مع مسبباتها، سواء كانت هذه الأسباب مشروعة أو ممنوعة، فالداخل في السبب إنما يدخل فيه مقتضيا لنتيجته المترتبة عنه في مجاري العادات، لكن تارة يكون مقتضيا لها على الجملة والتفصيل، أي على علم بها وبتفاصيلها، وتارة يدخل فيه مقتضيا للنتيجة على الجملة لا التفصيل، أي على علم بأن الشارع ما أمر بالفعل إلا لما يترتب عنه من المصلحة، وما نهى عنه إلا لما يفضي إليه من مفسدة، فإذا دخل في السبب وأتى الفعل، فعلى شرط أن يتسبب فيما تحت السبب أو الفعل من المصالح أو المفاسد. ولا يخرجه عن

ذلك عدم علمه بالمصلحة أو المفسدة أو بمقاديرها، فإن الأمر قد تضمن أن في إيقاع المأمور به مصلحة علمها الله تعالى، ولأجلها أمر الله به، والنهي قد تضمن أن في إيقاع المنهي عنه مفسدة علمها الله ولأجلها نهى الله عنه، فالفاعل ملتزم لجميع ما ينتجه ذلك السبب من المصالح أو المفاسد، وإن جهل تفاصيل ذلك [208].

وكما أن المكلف إذا اتي السبب المحرم لا يعذر بعدم علمه تفصيلا بالمفسدة التي تترتب عليه، فإنه لا يعذر أيضا بعدم قصده تلك المفسدة، لأنه إتيانه السبب يقتضي وقوع المسبب عنه ولو لم يقصده المكلف. يقول الإمام الشاطبي (أن متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه، ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالا، وتكلف رفع ما ليس له رفعه، ومنع ما لم يجعل له منعه، فمن عقد نكاحا على ما وضع له في الشرع، أو بيعا أو شيئا من العقود، ثم قصد أن لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه، فقد وضع قصده عبثا، ووقع المسبب الذي أو قع سببه. وكذلك إذا أوقع طلاقا أو عتقا قاصدا به مقتضاه في الشرع، ثم قصد ألا يكون مقتضى ذلك، فهو قصد باطل. ومثله في العبادات إذا صلى أو صام أو حج كما أمر، ثم قصد في نفسه أن ما أوقع من العبادة لا يصح له أو لا ينعقد قربة وما أشبه ذلك، فهو لغو، وهكذا الأمر في الأسباب الممنوعة)[209].

4-المسئولية عن النتائج الغير محسوبة:

إذا أتى الشخص فعلا محرما فإنه يسأل عن النتائج التي لم يحتسبها عند ارتكابه الفعل المحرم، لأن المسببات منسوبة إلى الأسباب شرعا، وقد يأتي الشخص معصية فتنتج هذه المعصية من الشرور والمفاسد ما لم يكن في حسابه، وذلك مثل أن يعتدي الجاني على شخص ما بقصد ضربه فقط ولكن يفضي الضرب إلى حدوث عاهة أو وفاة، أو أن يشترك شخص مع آخر في جريمة سرقة ولكن يحدث أثناء السرقة أن يقتل احد الجناة صاحب البيت ليتمكن من تنفيذها، ففي كل هذه الأحوال وأمثالها يسأل الشخص عن النتائج التي تحدث ولو لم يكن قاصدا لها، وذلك طبقا لقاعدة ترتيب المسببات على الأسباب شرعا. يقول الإمام الشاطبي (ما ذكر من أن المسببات مرتبة على فعل الأسباب شرعا، وأن الشارع يعتبر المسببات في الخطاب بالأسباب، يترتب عليه بالنسبة للمكلف إذا اعتبره أمور: منها أن المسبب إذا كان منسوبا إلى المسبب شرعا، إقتضى أن يكون المكلف في تعاطي السبب ملتفتا إلى جهة المسبب أن يقع منه ما ليس في حسابه، فإنه كما يكون

التسبب مأمورا به كذلك يكون منهيا عنه، وكما يكون التسبب في الطاعة منتجا ما ليس في ظنه من الخير، لقوله تعالى (ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا) المائدة: 32، وقوله عليه السلام (من سن سنة حسنة كان له أجرها وأجر من عمل بها) وقوله (إن الرجل ليتكلم بالكلمة من رضوان الله لا يظن أنها تبلغ ما بلغت) الحديث.

كذلك يكون التسبب في المعصية منتجا ما لم يحتسب من الشر، لقوله تعالى (فكأنما قتل الناس جميعا) المائدة: 32)[210].

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الفقه الاسلامي القتل شبه العمد وهو أن يقصد الفاعل الضرب فيؤدي الضرب إلى نتيجة لم يقصدها ولم يحتسبها وهي مقتل المجني عليه.

ومن ذلك أيضا: ترويج النقود المزيفة فالمروج وإن روج النقود المزيفة على شخص واحد إلا أن هذه النقود تنتقل وتتداول في الأيدي ولا يزال من تصل إليه يروجها على غيره سواء عرف زيفها أو لم يعرف، فتنجم عن فعل الترويج مفاسد وجرائم كثيرة لم يقصدها ولم يحتسبها، وطبقا لهذه القاعدة فإنه يسأل عن جميع هذه الجرائم. قال الإمام الغزالي في الإحياء (ترويج الزيف من الدراهم في أثناء النقد فهو ظلم، إذ يستضر به المعامل إذ لم يعرف، وإن عرف فسيروجه على غيره، فكذلك الثالث والرابع، ولا يزال يتردد في الأيدي ويعم الضرر ويتسع الفساد، ويكون وزر الكل ووباله راجعا عليه، فإنه هو الذي فتح هذا الباب، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((من سن سنة سيئة فعمل بها من بعده كان عليه وزرها ومثل وزر من عمل بها لا ينقص من أوزارهم شيء)) وقال بعضهم: إنفاق درهم زيف أشد من سرقة مائة درهم لأن السرقة معصية واحدة وقد تمت وانقضت، وإنفاق الزيف بدعة أضهرها في الدين وسنة سيئة يعمل بها من بعده، فيكون عليه وزرها بعد موته إلى مائة سنةأو مائتي سنة. لإلى أن يفنى الدرهم، ويكون عليه ما فسد من أموال الناس بسنته)[211].

وهذه القاعدة يمكن أن يرد اليها أنواع من القصد الجنائي الذي تنص عليه القوانين المعاصرة مثل القصد الغير مباشر والقصد المتعدي.

5-الفقه الاسلامي ونظرية العلم:

يتفق الفقه الاسلامي مع مذهب العلم أو التصور في أنه يكفي لقيام القصد الجنائي القصد إلى السبب أو الفعل، وأما النتيجة فهي خارجة عن مقدور المكلف فلا يشترط القصد إليها، لكن بينما يرجع مذهب العلم النتيجة إلى قوانين الطبيعة، فإن الفقه الاسلامي يرى أن النتيجة هي من خلق الله وليس للمكلف فيها فعل.

ومع ذلك فقد رأينا أن الفقه الاسلامي يقيم نظرية القصد الجنائي على شكل بناء متكامل متناسق الأجزاء في كل دقائقه، وهو أمر لا يتوفر في نظرية العلم كما يعرضها أصحابها.

6- الخطأ:

ومن صور القصد الجنائي الخطا الذي ينشأ إما عن الاهمال والتفريط، أو عن مباشرة الشخص العمل أو المهنة من دون أن يكون من أهل هذه المهنة. مثال ذلك إهمال وتفريط أصحاب المهن مثل الطبيب والمهندس ونحوهم، إذا قصروا ولم يأتوا بعملهم على التمام، ولم يبذلوا الجهد، فإنه يتم تضمينهم عما يتسببوا فيه من اضرار.

وكذلك من لم تكن له دراية كافية وعلم بأصول المهنة فإنه يتم تضمينه عما يتسبب فيه من ضرر.

قال الإمام الشاطبي: (ان الله عز وجل جعل المسببات في العادة تجري على وزان الأسباب في الاستقامة والإعوجاج، فإذا كان السبب تاما والتسبب على ما ينبغي، كان المسبب كذلك وبالضد.

ومن ههنا إذا وقع خلل في المسبب نظر الفقهاء إلى التسبب: هل كان على تمامه أم لا؟ فإن كان على تمامه لم يقع على المتسبب لوم، وإن لم يكن على تمامه رجع اللوم والمؤاخذة عليه، ألا ترى أنهم يضمنون الطبيب والحجام والطباخ وغيرهم من الصناع إذا ثبت التفريط من أحدهم؛ إما بكونه غر من نفسه وليس بصانع، وإما بتفريط. بخلاف ما إذا لم يفرط فإنه لا ضمان عليه؛ لأن الغلط في المسببات أو وقوعها على غير وزان التسبب قليل، فلا يؤاخذ. بخلاف ما إذا لم يبذل الجهد، فإن الغلط فيها كثير. فلا بد من المؤاخذة)[212].

وصورة الاهمال والتفريط يندرج تحتها جميع صور الخطأ التي تنص عليها القوانين الحديثة مثل الرعونة ومخالفة القوانين ونحوها، لأن هذه الصور ما هي الا تفصيل للاهمال، وهذا رأي كثير من فقهاء القانون الوضعي [213].

وأما المؤاخذة الجنائية على الخطأ وتجريمه فإنها تكون في حالة الاخلال بالمصالح الضرورية، فإذا نجم عن الاهمال أو التفريط اهدار أي مصلحة من المصالح الضرورية الخمسة أو الاخلال بها؛ مثل القتل والجرح الخطأ، فإن الفعل يجرم وتفرض له العقوبة الملائمة، وإما إذا لم ينجم عنه مساس بالمصالح الضرورية، فإنه يكتفى فيه بالضمان.

المبحث الثالث: الإشتراك

الغالب أن يرتكب الجريمة شخص واحد , ولكن قد يحصل أن ترتكب الجريمة من قبل عدة أشخاص , وفي هذه الحالة فإن الجميع يعاقبون على ارتكابهم الجريمة , مهما كان دورهم فيها , ويرجع التجريم والعقاب في هذه الحالة إلى الحفاظ على المصالح الضرورية , لأنه لو لم يعاقب على الاشتراك لتذرع الظلمة والمجرمون بالاشتراك في ارتكاب جرائمهم ، فيؤدي ذلك الى كثرة الجرائم واهدار المصالح الضرورية الواجب الحفاظ عليها وحمايتها .

ومن التطبيقات المشهورة لهذه القاعدة في الفقه الاسلامي مسألة قتل الجماعة بالواحد , والتي طبق فيها الخليفة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه العقوبة على من جميع اشترك في القتل , وأوجب القصاص عليهم جميعا .

والحكمة في إيجاب القصاص على الجماعة في حالة الاشتراك هي أن المجرمون إذا علموا بسقوط القصاص عنهم لو اشتركوا في القتل , فإنهم سيتخذون من الاشتراك ذريعة لاسقاط القصاص , فيؤدي ذلك إلى كثرة القتل وتطرق الهرج إلى الدماء , مما يفوت مصلحة من أهم المصالح الضرورية وهي مصلحة حفظ النفس , فإيجاب القصاص في هذه الحالة يرجع الى الحفاظ على الدماء والنفوس ، والتي هي احد أهم المصالح الضرورية الخمسة .

. قال الإمام الشاطبي : (يجوز قتل الجماعة بالواحد والمستند فيه المصلحة المرسلة , إذ لا نص على عين المسألة ولكنه منقول عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه , وهو مذهب مالك

والشافعي , ووجه المصلحة أن دم القتيل معصوم وقد قتل عمدا , فإهداره داع إلى خرم أصل القصاص واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعي بالقتل إذا علم أنه لا قصاص فيه)[214] .

والمقصود بخرم أصل القصاص : أي ابطال الحكمة المقصودة من تشريعه , لأن الحكمة من القصاص هي حفظ النفوس ومنع القتل , فإذا لم يعاقب المشترك بالقصاص لم تتحقق هذه الحكمة , لأن كل واحد سيضم غيره معه ويتخذ الإشتراك ذريعة إلى القتل وإهدار النفس , فيكثر القتل والهرج في الدماء ويتعطل القصاص وتذهب حكمته ومقاصده .

وهذه القاعدة جارية على جميع المصالح الضرورية الخمسة , فيجب العقاب على الاشتراك مهما اتصل الفعل بالعدوان على أي من المصالح الضرورية , وقد طبق العلماء قاعدة الاشتراك في الاعتداء على الأطراف , فأوجبوا العقاب على الاشتراك وقطعوا الأيدي المتعددة بالطرف الواحد , وطبقوها أيضا على مصلحة المال , فأوجبوا العقوبة على الاشتراك في السرقة [215].

المبحث الرابع : أسباب الإباحة

1-دفع القاصد:

إذا أراد شخص الاعتداء على نفس المجني عليه أو ماله أو عرضه فإن للمجني عليه الحق في دفع عدوانه، حتى ولو أدى الدفاع إلى قتل المعتدي، ويكون فعله في هذه الحالة مباحا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم (من قتل دون ماله فهو شهيد)[216].

قال الإمام أبو بكر القفال: (فكان في ذلك – أي الحديث – دليل على أن من أريد أخذ ماله ظلما فله دفع الظالم بما يقدر لعدمه من القتال والسلاح بما دونه حتى إذا آل الأمر بينهما إلى كفه بالقتال فقتله كان مباحا له)[217].

ولكن يجب أن يكون دفع الظالم بالقوة اللازمة لرد الإعتداء وإلا كان الدافع متعديا ومتجاوزا لحدود الدفاع، فإذا كان المعتدي يندفع بالكلام فلا يجوز له دفعه بالضرب، وإذا كان يندفع بالضرب فلا يجوز له دفعه بالجرح وهكذا، قال الإمام أبو بكر القفال: (والوجه فيه أن ينظر المظلوم، فإن أمكنه دفع الظالم بالكلام لم يعده إلى أكثر منه، فإن احتاج إلى الزيادة عليه فضربه بيده أو بخشبة أو نحوها فعل، ولم يزد عليها، فإن لم يطمع في كفه إلا بالسلاح فله ذلك على التدريج الذي ذكرناه، حتى إن لم يمكنه كفه إلا بالاتيان بنفسه جاز، ولم يلزمه قود ولا دية).

ولا تقتصر إباحة الدفاع الشرعي أو دفع القاصد على الدفاع عن المال فقط، بل يباح الدفاع الشرعي أيضا عن المصالح الضرورية الخمسة الأخرى، فضابط الدفاع الشرعي هو الاعتداء على أي من المصالح الضرورية الخمسة، فإذا كان الاعتداء واقعا على احدى المصالح الضرورية الخمسة كان الدفاع عن هذه المصلحة جائز شرعا حسب ما تقدم، وذلك لأن هذه المصالح هي قوام حياة الناس وكيان المجتمعات، وحفظها بدرء الاختلال عنها مطلوب وواجب على الفرد، وعلى جماعة المسلمين [218].

قال القفال: (وكذا إذا قصد حريمه أو حرمته، فله هذا فيه، لأن هذا في معنى المال أو أكثرهم على هذا، إذا قصد نفسه فله دفعه على التدريج)[219].

وإذا وجد من يعتدي على أكثر من مصلحة من هذه المصالح الضرورية وتعذر الدفاع عنها كلها , فإن الدفاع عنها يكون بحسب ترتيبها في الأولوية , فيقدم الدفاع عن النفس عن الدفاع عن المال , ويقدم الدفاع عن النسل عن الدفاع عن المال وهكذا [220].

2-الإضرار بالشخص لقصد صلاحه:

من قواعد وأصول الشريعة الاسلامية قاعدة " الإضرار بالشخص لقصد اصلاح المرض الذي فيه " مثل قطع اليد للأكلة، والمجارحة الطبية لجسم المريض ونحو ذلك، فهذه الأعمال جائزة

شرعا وفقا لهذه القاعدة، لأن فيها حفظ لمصلحة ضرورية هي نفس الانسان.

وهذا الاصل شهدت له ادلة كثيرة من الشرع، مثل الحجامة الواردة في الحديث الذي رواه ابن عباس أنه: احتجم النبي صلى الله عليه وسلم وأعطى الذي حجمه، ولو كان حراما لم يعطه[221]))، ومثل الفصد وغيره.

قال الإمام الغزالي (وليس في معناها قطع اليد للأكلة حفظا للروح، فانه تنقدح الرخصة فيه، لأنه اضرار به لمصلحته، وقد شهد الشرع للأضرار بشخص في قصد صلاحه، كالفصد والحجامة وغيرهما)[222].

ويندرج في هذه القاعدة جميع الأعمال الطبية والمجارحات ونحوها والتي تتطلب بطبيعتها المساس بجسم المريض بشكل أو بآخر.

3-مصلحة التأديب:

التأديب قاعدة شرعية شهدت لها النصوص الشرعية المتعددة والتي تدل على اباحة الضرب بقصد التأديب، فيجوز للأباء ضرب الأولاد وللأزواج ضرب الزوجات بقصد التأديب، ويكون عملهم في ذلك مباحا لا جريمة فيه ولا يؤاخذون عليه.

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى في تأديب الزوجة (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) النساء: 34

وما رواه أحمد وأبو داوود والحاكم عن عبد الله ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أن قال ((مروا أولادكم بالصلاة وهم ابناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم ابناء عشر سنين)).

ويدخل في هذه القاعدة أنواع التأديبات مثل الضرب بقصد التأديب والحجز والحبس ونحو ذلك.

ولكن يجب أن لا يتجاوز الولي حدود التأديب المباح، فإذا تجاوز الولي حدود التأديب المشروع وجب عليه الضمان، كما لو ترتب على التأديب اصابة بعاهة أو تلف عضو أو نفس[223].

وإذا حصل التأديب بالاخف من الأفعال والأقوال والحبس والاعتقال، لم يعد به إلى الأكثر والأغلظ، لأن ذلك مفسدة لا فائدة فيها، لحصول التأديب بما دونها [224].

4-أداء الواجب:

المصالح الضرورية هي قيام بمصالح عامة مطلقة لا تختص بحال دون حال، ولا بصورة دون صورة، ولا بوقت دون وقت، وهي تنقسم إلى عينية وكفائية، فالعينية هي التي تجب على كل مكلف في نفسه، فإن المكلف مأمور بحفظ نفسه بأن لا يعرضها للهلاك، وحفظ عقله بأن يمتنع عن تناول ما يكون سببا في ذهاب عقله أو إدخاله في غيبوبة، وبحفظ نسله بأن لا يضع شهوته إلا في الحلال، ونحو ذلك.

وأما الكفائية فهي الوظائف والولايات العامة، وهي قيام بمصالح عامة لجميع الخلق، والقائم بها هو خليفة الله في إقامة المصالح الضرورية العامة[225].

وإذا كانت الوظائف والولا يات العامة واجبة شرعا فإنه إن نتج عنها مفاسد لا يؤاخذ القائم بها بهذه المفاسد، لأن مصلحة الولاية والوظيفة العامة ارجح من هذه المفاسد الجزئية، فتقدم مصلحة القيام بالوظيفة العامة وتلغى هذه المفاسد بجانبها، طبقا لقاعدة تعارض المصلحة والمفسدة والغاء المفسدة الجزئية بجانب المصلحة الراجحة، وتكاد تكون قاعدة تعارض المصالح والمفاسد والغاء المفسدة الجزئية بجانب المصلحة الكلية الراجحة، هي الحاكمة لكل أعمال الولايات والوظائف العامة [226].

الفصل الثالث

مجال العقل في القانون الجنائي الإسلامي

المبحث الأول: فلسفة العقل والنص

1- دور العقل في النصوص :

إن أحكام الشريعة الاسلامية مبنية على تحقيق مصالح الناس , وكل أمر أو نهي في باب المعاملات يحقق مصلحة أو يدرأ مفسدة , وبعض المصالح قد نص عليها الشارع مقترنة بالحكم الذي شرع لأجلها , وبعضها ارشد اليها بطريقة من طرق الاستنباط المبينة في علم أصول الفقه , مثل الإيماء والمناسبة والدوران ونحوها , وعلى المكلف أن يقف على هذه المصلحة وأن يقصدها من تنفيذ الأمر أو النهي , حتى يأتي قصده موافقا لقصد الشارع فيحظى عمله بالقبول , ومع ذلك فإن هذا الهدف ليس هو فقط المقصود من تعليل الأحكام بالمصالح , بل إن التعليل بالمصالح يقصد به في الأساس جعل الشريعة صالحة للتطبيق على ما لا ينحصر من الوقائع في كل زمان ومكان , إذ بدون هذا التعليل لا يمكن تطبيق الشريعة على كل الوقائع الجزئية , لأن نصوص الشريعة محدودة ومتناهية , والوقائع الجزئية غير محصورة ولا تتناهى , وهي متجددة بتجدد البيئات والأحوال , فكل زمان يأتي معه بأمور لم تكن موجودة في الزمن الذي سبقه , وهكذا . ومن هنا كان الهدف الأسمى من التعليل بالمصالح هو تحقيق صلاحية الشريعة للتطبيق في كل زمان ومكان , فإذا كانت

المصلحة المعلل بها هي مصلحة جزئية , فتتحقق صلاحية الشريعة بالقياس على هذه المصلحة , فكل واقعة أو أمر من الأمور تتحقق فيه هذه المصلحة الجزئية يطبق عليه نفس حكم النص . وأما إذا كانت المصلحة المعلل بها مصلحة كلية أو قاعدة عامة , فإنه يمكن بسهولة تطبيق هذا المعنى الكلي أو القاعدة العامة على ما لا ينحصر من الجزئيات التي تندرج تحته .

وقد يتضمن النص الشرعي الحكم مع العلة أو المصلحة التي شرع لأجلها , وفي هذه الحالة فإن الحكم يطبق على أي واقعة تتحقق فيها هذه المصلحة , ويكون دور العقل في التحقق من وجود المصلحة في الفرع أو الواقعة الجزئية الجديدة , فإذا وجدت طبق الحكم على هذه الواقعة .

ولكن قد ينص الشارع على الحكم من دون النص على المصلحة المقصودة منه , وفي هذه الحالة فإن العقل يكون له دور كبير في استنباط المصلحة للحكم المنصوص عليه , حتى يجعله قابلا للقياس والتطبيق على الوقائع الجزئية التي تجد , إذ من دون استنباط العلة أو المصلحة لا يمكن تعدية هذا الحكم إلى وقائع أخرى جديدة .

وفي أحوال أخرى قد لا ينص الشارع لا على الحكم ولا على المصلحة أو العلة , وهذا يتحقق في الوقائع الجديدة التي لا يوجد لها نص في الشريعة أصلا , وهنا فإن العقل هو الذي يتولى استنباط المصلحة التي في الواقعة الجديدة , ثم يقوم برد هذه المصلحة إلى قاعدة أو أصل في الشرع , فإذا لم يكن لهذه المصلحة أصل أو قاعدة شرعية , فإنها تكون مردودة ولا تقبل .

وفي كل الأحوال السابقة فإن عمل العقل يتقيد بالنقل , بمعنى أن المصلحة التي يتوصل إليها العقل يجب في كل الأحوال أن يكون لها أصل شرعي تنتمي وترد إليه , سواء كان هذا الأصل جزئيا كما في القياس , أو كليا كما في المصلحة الملائمة أو المرسلة .

يقول الامام الشاطبي : (الأدلة العقلية إذا استعملت في هذا العلم فإنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية , أو معينة في طريقها , ومحققة لمناطها , أو ما أشبه ذلك , لا مستقلة بالدلالة , لأن النظر فيها نظر في أمر شرعي , والعقل ليس بشارع)[227]

ومع ذلك فإن عمل العقل لا يقتصر على استنباط المصلحة وردها إلى الأصل الجزئي أو الكلي الذي تنتمي إليه , بل يمكن للعقل صناعة أصول كلية يمكن رد المصالح الجديدة إليها , وذلك من خلال استقراء العلل والمصالح الجزئية المتشابهة وتكوين معنى عام منها يشكل قاعدة عامة أو

أصل كلي يمكن تطبيقه على ما لا ينحصر من الوقائع الحاضرة أو التي تجد في المستقبل , وهذا ما قام به العديد من العلماء والفقهاء في العصور الاسلامية المختلفة والذين استنبطوا القواعد الفقهية المشهورة من العلل المنصوصة المتشابهة الموجودة في نصوص جزئية متفرقة من القرآن والسنة , ثم طبقوها على ما واجههم من المصالح الجديدة التي لم يرد بها النص ولا يوجد نص شرعي تقاس عليه .

2- أنواع الأدلة :

تنقسم الأدلة إلى نوعين : أدلة نقلية , وأدلة عقلية أي تحتاج إلى الرأي والنظر , فالأدلة النقلية هي الكتاب والسنة , وأما الأدلة العقلية فمثل القياس والمصلحة المرسلة والاستحسان ونحوها . وهذا التقسيم إنما هو بالنسبة إلى أصول الأدلة , فلا يعني أن كل نوع يستدل به مستقلا عن الآخر , بل كل نوع يحتاج إلى الآخر , فالأدلة النقلية تحتاج إلى العقل في الاستدلال بها , فالنصوص عند اجرائها على آحاد الوقائع لا بد فيها من تحقيق المناط بالعقل , والأدلة العقلية لا بد أن تستند إلى النقل لكي تعتبر شرعا , فالقياس مثلا وهو دليل عقلي لا بد فيه من وجود النص الذي يقاس عليه [228] .

والعمل بأدلة العقل دلت عليه النصوص من الكتاب والسنة , وفيهما وردت أدلة صحة الاعتماد على العقل في استنباط الأحكام , من ذلك قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأوللي الأمر منكم , فإن إذا تنازعتم في شيء فردوه إلى إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا) , فالأمر بإطاعة الله ورسوله هو أمر باتباع القرآن والسنة , والأمر برد الأشياء المتنازع فيها إلى الله والرسول هو أمر بالاجتهاد واستعمال العقل في الوقائع التي لم ينص عليها بردها إلى الشرع بالقياس أو بأي دليل من الأدلة العقلية المعروفة .

وما رواه البغوي ((عن معاذ ابن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ فقال : أقضي بكتاب الله . قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيي ولا آلوا , قال :

فضرب رسول الله على صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله)) .

فالقرآن والسنة هما اللذان دلا على حجية العقل وعلى صحة الاعتماد عليه في استنباط الأحكام , ومع ذلك فإن استعمال العقل يدور في نطاق الرد إلى النصوص ولا يخرج عنها أو يلغيها , فلا يجوز للعقل الغاء نص أو حكم أو الخروج عنه , وإلا أدى ذلك إلى ابطال كل نصوص الشريعة . قال الإمام الشاطبي : (إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية , فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعا , ويتأخر العقل فيكون تابعا , فلا يسرح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل , والدليل على ذلك أمور :

الأول : أنه لو جاز للعقل تخطي مأخذ النقل , لم يكن للحد الذي حده النقل فائدة , لأن الفرض أنه حد له حدا , فإذا جاز تعديه صار الحد غير مفيد . وذلك الشريعة باطل . فما أدى اليه مثله .

والثاني ما تبين في علم الكلام والأصول , من أن العقل لا يحسن ولا يقبح , ولو فرضناه متعديا لما حده الشرع , لكان محسنا ومقبحا , هذا خلف .

والثالث : أنه لو كان كذلك لجاز إبطال الشريعة بالعقل , وهذا محال باطل , وبيان ذلك : أن معنى الشريعة أنها تحد للمكلفين حدودا في أفعالهم , وأقوالهم , واعتقاداتهم , وهو جملة ما تضمنته . فإن جاز للعقل تعدي حد واحد , جاز له تعدي جميع الحدود ؛ لأن ما ثبت للشيء ثبت لمثله ؛ وتعدي حد واحد هو معنى ابطاله , أي ليس هذا الحد صحيح ؛ وإن جاز إبطال واحد , جاز إبطال السائر , وهذا لا يقول به أحد لظهور محاله) [229]

3- تحقيق الدليل في الجزئيات :

كل دليل شرعي مبني على مقدمتين : أحدها راجعة إلى الحكم الشرعي , والثانية راجعة إلى تحقيق مناط هذا الحكم [230].

فإذا نص الحكم الشرعي على أن كل خمر هو حرام , ثم عرضت واقعة على المجتهد تتمثل في شرب أحد أنواع المسكرات , فإن المجتهد يتحقق أولا هل هذا الذي شربه المكلف هو خمر أم لا

؟ , وهذا التحقق من أن المادة هي خمر أو غير خمر هو معنى تحقيق المناط .

وإذا نص الحكم الشرعي على وجوب نفقة الكفاية على المكلف لقريبه , فإن التحقق من أن مقدار معين من النفقة هو الكفاية أم لا هو تحقيق المناط [231].

فضابط تحقيق المناط هو أن يكون الحكم معلوم بالنص أو بالاجماع , إلا أن دخول أحاد الجزئيات فيه غير معلوم , فينظر المجتهد في تحقق علة الحكم أو مناطه في الواقعة الجزئية , فإذا تحققت عدى إليها الحكم وطبقه .

وظاهر أن عملية تحقيق المناط هي عملية عقلية يرجع فيها إلى العقل وإلى التجارب والعادات .

4- عموم الأدلة :

الأدلة الشرعية كلها عامة تطبق على جميع المكلفين , سواء كانت هذه الأدلة كلية أو جزئية , فإذا كان الدليل له صيغة عامة , فلا إشكال , لأن النص العام ينطبق على ما لا ينحصر من الوقائع التي تندرج تحته , أما إذا كان النص خاصا , فإنه يرد إلى العموم , إما بالقياس على علته وتطبيقه على ما لا ينحصر من الوقائع التي تتحقق فيها هذه العلة , أو باستقراء الأدلة والنصوص الجزئية للوصول إلى معنى كلي ينطبق على كل ما يندرج تحته من الوقائع الجزئية مما كان أو مما سيأتي [232].

والأدلة على ذلك كثيرة , ولكن الأصل فيها هو عموم التشريع الاسلامي , بمعنى أن الاسلام أرسل إلى الناس كافة . قال تعالى (يأيها الناس إني رسول الله إليكم جميعا) الأعراف : 158 , وقوله تعالى (وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا) النحل : 44 , وقوله صلى الله عليه وسلم (بعثت للأحمر والأسود) , ونحو ذلك من النصوص التي تدل على ان الرسالة عامة لا خاصة [233].

وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله وفعله , ومن ذلك (قوله في قضايا خاصة سئل فيها : أهي لنا خاصة أم عامة ؟ ((بل للناس عامة)) , كما في قضية الذي نزلت فيه : (وأقم

الصلاة طرفي النهار) هود : 114 , وأشباهها , وقد جعل نفسه عليه الصلاة والسلام قدوة للناس كما ظهر في الحديث الإصباح جنبا وهو يريد الصوم , والغسل من التقاء الختانين , وقوله ((إني لأنسى أو أنسى لأسن)) وقوله ((صلوا كما رأيتموني أصلي)) ((وخذوا عني مناسككم)) وهو كثير) [234] .

المبحث الثاني : مجال العقل

الدور الأساسي للعقل في الأحكام التشريعية في الإسلام هو التعرف على المصالح التي قصدت من النصوص والأحكام الشرعية , ومن ثم تحديد دائرة تطبيق هذه النصوص بناء على المصالح والعلل المستنبطة , ويختلف دور العقل في هذا المجال بحسب ما إذا كان النص الشرعي قد تضمن الحكم والعلة أو المصلحة معا , أم أنه تضمن الحكم فقط دون المصلحة , أم أنه لا يوجد لا حكم ولا علة أصلا .

ولكي نفهم الصورة كاملة لهذا الدور للعقل , فإنه لا بد لنا أن نمهد أولا بمقدمة عن العلل والمصالح , ثم نتطرق بعد ذلك إلى الدور الأساسي للعقل في الأحكام التشريعية وحدود هذا الدور . وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : العلل والمصالح

1-تعريف العلة:

تطلق العلة في عند الاصوليين على ثلاثة امور[235]:

1- المصلحة او المفسدة التي توجد في الفعل، اي النفع والضرر الذي يتضمنه الفعل، مثال ذلك: ان علة الزنا هي المفسدة التي فيه وهي اختلاط الانساب، والعلة في القتل هي مفسدة اهدار

الدماء، والعلة في البيع هي مصلحة التبادل والمنافع التي فيه.. وهكذا. يقول الامام الشاطبي (السبب ما وضع شرعا لحكم حكمة يقتضينها ذلك الحكم، كما كان حصول النصاب سببا في وجوب الزكاة، والزوال سببا في وجوب الصلاة، والعقود أسبابا في إباحة الإنتفاع أو انتقال الاملاك، والسرقة سببا في وجوب القطع، وما أشبه ذلك. وأما العلة فالمراد بها الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي، فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر، والسفر هو السبب الموضوع سببا للإباحة، فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها لا مظنتها، كانت ظاهرة أو غير ظاهرة، منضبطة أو غير منضبطة، وكذلك نقول في قوله عليه الصلاة والسلام ((لا يقضي القاضي وهو غضبان))، فالغضب سبب، وتشويش الخاطر عن استيفاء الحجج هو العلة، على أنه قد يطلق هنا لفظ السبب على نفس العلة لارتباط ما بينهما، ولا مشاحة في الاصطلاح)[236].

2- وقد تطلق العلة على قصد الشارع من تشريع الحكم، من جلب مصلحة او دفع مفسدة، وهذا الاطلاق يتعلق بالمصلحة المقصودة من الحكم، مثاله ان علة تحريم الزنا هي قصد حفظ الانساب، وعلة تحريم القتل هي حفظ النفوس، وهكذا، وقد قال بهذا التعريف للعلة الآمدي وابن الحاجب، وعبرا عن المصلحة المقصودة من الحكم بالباعث على شرع الحكم[237] .

3-والاطلاق الاخير للعلة الذي تكاد تتفق عليه كلمة الفقهاء هو انها الوصف الظاهر المنضبط الذي يشتمل على المصلحة لمناسبة لشرعية الحكم[238]، مثال ذلك: السفر يشتمل على المشقة وهي مناسبة للحكم بالتخفيف واباحة الفطر وقصر الصلاة، القتل يشتمل على مفسدة ازهاق الأرواح، وهو مناسب للحكم بالقصاص، وصيغ العقود تشتمل على منفعة المتعاقدين وحاجة كل منهما الى التبادل، وهي مناسبة للحكم بالحل والجواز، وهكذا.

2-التعليل بالوصف:

شرع الله تعالى الاحكام في المجالات المختلفة لتحقيق مصالح الناس ودفع المفاسد عنهم، وقد علل الشارع هذه الاحكام في القران والسنة اشارة منه الى العباد باستعمال القياس والحاق ما تتحقق فيه هذه العلل من الوقائع التي تجد مع الايام بالوقائع المنصوصة، اذا وجدت فيها نفس هذه العلل، وهذه العلل هي مصالح ومقاصد كلية نص عليها الشارع في آيات القران او في الاحاديث النبوية

والمقصود منها ارشادا للناس باتباعها والحاق المعاملات والوقائع الجديدة بها، لكن العلماء وجدوا ان القياس على هذه المصالح مباشرة لا يستقيم في كل الاحوال،والسبب في ذلك ان بعض هذه الحكم والمصالح التي شرعت لها الاحكام تعتبر امورا باطنة لا يمكن ان ندركها بالحواس الظاهرة، ولا يمكن التحقق من وجودها في الوقائع الجديدة او عدم وجودها، مثال ذلك اباحة عقود المعاوضات والتي شرعت لحاجة الناس، فهذه الحاجة امر خفي، ولا يمكن معرفة تحقق هذه الحاجة من عدمها، و الرضا في العقود هو امر خفي لا يمكن التحقق من وجوده او عدمه بالحواس الظاهرة.

وفي بعض الحالات تكون المصالح غير منضبطة في المقدار وتختلف باختلاف الناس واحوالهم، مثال ذلك المصلحة المقصودة من اباحة الفطر في رمضان، وهي دفع المشقة، وهذه المشقة ليس لها مقدار محدد بل هي مراتب لا تنحصر وتختلف باختلاف الناس واحوالهم.

لذلك عمد العلماء الى وضع اوصاف ظاهرة منضبطة تشتمل على هذه المصالح ويؤدي ربط الاحكام بها الى تحقيق المصالح الاصلية المقصودة من الاحكام، بحيث يسهل ربط الاحكام بها من ناحية، لظهورها وانضباطها، وتكون مظنة لتحقيق المصالح والمقاصد التي شرعت لأجلها تلك الاحكام من ناحية اخرى. وسميت هذه الاوصاف عندهم بالعلل، فالعلة اذا هي الوصف الظاهر المنضبط الذي يؤدي بناء الحكم عليه الى تحقيق المصلحة التي شرع لأجلها هذا الحكم.

مثال ذلك:

1 المصلحة او الحكمة المقصودة من قصر الصلاة للمسافر هي التخفيف ورفع المشقة، ولكن لما كانت المشقة غير منضبطة في التقدير ولها مراتب لا تنحصر تختلف باختلاف الناس واختلاف احوالهم، فإنها لم تجعل علة لقصر الصلاة لعدم انضباطها، وجعلت علة القصر هي السفر بدلا من المشقة، لان السفر من ناحية وصف منضبط يمكن ربط الحكم به وجودا وعدما، كما انه من ناحية مظنة لتحقيق المصلحة او الحكمة التي قصدها الشارع من الحكم، لان السفر يشتمل على المشقة وهو مظنة لها، وربط القصر به فيه تخفيف ورفع للمشقة

2-حكمة الشفعة والمصلحة المقصودة منها دفع الضرر عن الشريك او الجار، ولكن الضرر لا ينضبط ويصعب التحقق من وجوده، ولذلك فان الحكم بالشفعة لم يبنى على الضرر، وانما بني

على وصف منضبط من شان بناء الحكم عليه وربطه به، تحقيق المصلحة المقصودة من تشريع الشفعة وهي دفع الضرر، وهذا الوصف هو الجوار او الشراكة، فالجوار او الشراكة اوصاف منضبطة يمكن بناء الحكم عليها وربطه بها من ناحية، ومن ناحية اخرى هي مظنة للمصلحة المقصودة من الحكم، وهي دفع الضرر.

3-التعليل بالمصالح:

تكلم علماء الاصول عن موضوع التعليل بالمصالح تحت عنوان التعليل بالحكمة، ويعنون بحكمة النص المصلحة المقصودة من تشريع الحكم، سواء كانت جلب منفعة او دفع مضره، فهل يجوز ان تكون هذه المصلحة المقصودة من تشريع الحكم هي العله، ومن ثم تكون هي المعتبرة في الحاق الفروع والوقائع التي لا نص فيها بالوقائع المنصوصة. أي أن الحاق الواقعة الجديدة بالمنصوصة في الحكم يكون على اساس المصلحة وليس على اساس الوصف الظاهر المنضبط، فتلحق الواقعة الجديدة بالمنصوصة اذا وجدت فيها نفس المصلحة. ام انه لا يجوز ان تكون المصلحة علة للحكم، وانما يتم التعليل بمظنتها فقط، وهي الوصف الظاهر المنضبط المشتمل عليها، اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب[239]:

المذهب الاول: انه لا يجوز التعليل بالحكمة او المصلحة مطلقا، سواء كانت منضبطة أو غير منضبطة، لان المصالح من الامور الباطنة التي لا يمكن الوقوف على مقاديرها، ولا امتياز كل مرتبه من مراتبها التي لا نهاية لها. فالمشقة مثلا لها مراتب كثيره وانواع مختلفة, فالمشقة في السفر تختلف عنها في الحضر، والمشقة التي يجدها المسافر في الحر غير المشقة التي يجدها في البرد، كما ان المشقة التي يجدها المسافر على الطائرة مثلا غير المشقة التي يجدها المسافر على الدواب تحت وهج الشمس، فلو جعلنا المشقة عله للقصر لحصل عسر واضطراب في التطبيق، لان قصر الصلاة سيباح عندها لكل صاحب عمل شاق فتضيع الصلاة من الناس, وسيحرم من الرخصة من قصد الشارع ان يتناولها مثل المسافرين على الوسائل الغير شاقة.

كما ان المصلحة قد تكون خفيه غير ظاهره، مثل الحاجه الى المعاملات، فهي امر خفي لو جعلت عله لتعذر التحقق من وجودها عند الناس، فلا نستطيع ان نعلم ان المتعاقدين كانوا بحاجه الى هذه المعاملات والعقود التي اجروها ام لا.

فلذلك يجب عند اصحاب هذا المذهب ان تكون العله اوصافا منضبطة ظاهره، كالسفر فهو منضبط والغالب فيه وجود المشقة المقصود من الشارع تخفيفها، وبالتالي تتحقق المصلحة من التشريع لو علل الحكم به، وكالعقود وصيغ الايجاب والقبول فهي ظاهره في الدلالة على حاجه المتعاقدين، وهكذا.

المذهب الثاني: انه يجوز تعليل الحكم بالحكمة او المصلحة, سواء كانت هذه المصلحة منضبطة او غير منضبطة، خفيه او ظاهره، وذلك لان التعليل بالوصف لم يجز الا لاشتماله على الحكمة والمصلحة المقصودة من تشريع الحكم، فهو تابع لها في التعليل، واذا جاز التعليل بالتابع، جاز التعليل بالمتبوع من باب اولى، ولان العلم بتلك المصلحة لا بد منه قبل العلم بوجودها في الوصف، فاذا حصل الظن بان الحكم في الاصل لذلك القدر من المصلحة وحصل الظن ايضا بان تلك المصلحة حاصله في الفرع، فإنها تلحق بها في الحكم.

المذهب الثالث: التفصيل، فاذا كانت المصلحة ظاهره منضبطة يجوز التعليل بها, والا فلا، لانا نعلم قطعا انها المقصودة للشارع من تشريع الحكم, وانما امتنع التعليل بها المانع إخفائها واضطرابها, فاذا زال المانع جاز التعليل بها [240].

اي ان هذا المذهب يشترط للتعليل بالمصلحة ان تكون منضبطة وظاهره, فاذا لم يتحقق فيها هذا الشرط لا يجوز التعليل بها.

4-التعليل في القران والسنة:

تعليل الاحكام في القران والسنة لم يجر على طريقة واحدة، بل احيانا يكون التعليل بالمصلحة او الحكمة المقصودة من تشريع الحكم، واحيانا أخرى يكون التعليل بالوصف الظاهر المنضبط، فنصوص القران والسنة جمعت بين النوعين من التعليل.

فمن امثلة التعليل بالمصلحة في القرآن: قوله تعالى في تعليل تقسيم الفيء ((كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم)) الحشر: 7، وقوله تعالى في تعليل تحريم الخمر ((إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر)) المائدة: 91, وقوله تعالى في تعليل زواج الرسول صلى الله عليه وسلم من زينب ((لكي لا يكون على المؤمنين حرج)) الاحزاب: 37، وقوله تعالى

في تعليل النهي عن سب آلهة المشركين ((ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم)) الانعام 108, وقوله تعالى في الامر بأعداد العدة ((واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم)) الانفال: 60.

ومن امثلة التعليل بالوصف الظاهر المنضبط في القرآن، قوله تعالى في قصر الصلاة ((واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة)) النساء: 101، فقد علل قصر الصلاة بالسفر، وهو وصف ظاهر منضبط.

وكذلك قوله تعالى ((والسارق والسارقة فأقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا، نكالا من الله)) المائدة: 38، فقد علل حكم قطع يد السارق بوصف ظاهر منضبط هو السرقة.

ومن امثلة التعليل بالمصلحة في السنة: قوله صلى الله عليه وسلم في تعليل تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ((انكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم))، وقوله في تعليل عدم قتل المنافقين ((أخشي ان يتحدث الناس ان محمدا يقتل اصحابه)) وقوله في تعليل المنع من مواصلة الصوم والعبادة ((انك ان فعلت ذلك نفهت نفسك وهجعت عينك)).

ومن امثلة التعليل بالوصف في السنة: قوله صلى الله عليه وسلم ((القاتل لا يرث))، وقوله ((لا يحكم احدكم وهو غضبان)) وقوله ((زنى ماعز فرجم).

المطلب الثاني : مجال العقل في القانون الاسلامي

يختلف مجال اعمال العقل في النصوص الشرعية باختلاف هذه النصوص , فالنصوص التي تشتمل على الحكم مع علته , يقتصر دور العقل فيها على النظر في تحقق هذه العلة في الوقائع الجزئية , ومن ثم تعدية الحكم إلى هذه الوقائع . أما النصوص التي تقتصر على النص على الحكم فقط دون أن تبين العلة فيه , فإن دور العقل فيها يكون كبيرا ويتمثل في استنباط العلة ثم اجراء مناسبتها مع القواعد والأصول الشرعية . وسوف نتطرق إلى هذه المجالات وغيرها فيما يلي :

1-النظر في تحقق المصلحة أو المفسدة في الوقائع الجزئية :

إذا ثبتت العلة – أي المصلحة أو المفسدة - مع الحكم بالنص , فإن دور العقل يقتصر على النظر في مدى وجود وتحقق تلك العلة في الواقعة الجزئية الجديدة , وقد يتم ذلك بالعقل وحده , أو بالتجربة والعادات مع النظر العقلي , مثال ذلك أن الشارع نص على أن المفسدة في الحيض أنه أذى فقال تعالى (يسالونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين) البقرة: 222 . فينظر المجتهد في مدى تحقق هذه المفسدة في النفاس , فإذا وجدها متحققة طبق عليها حكم الحيض وهو تحريم الجماع .

ومثال ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علل طهارة سؤر الهرة بالطواف فقال : ((إنها من الطوافين عليكم والطوافات)) فبين أن الطواف هو علة اباحة سؤر الهرة , فينظر المجتهد في مدى تحقق ووجود هذه العلة في جزئية لم ينص عليها وهي الفأر , فإذا وجد العلة متحققة فيه طبق نفس الحكم وهو اباحة سؤره [241].

فدور العقل في هذا النوع من النصوص إنما ينحصر في التحقق من وجود المصلحة أو المفسدة التي نص عليها الشارع في الجزئيات الجديدة , أما العلة ذاتها فهي معلومة بالنص عليها من الشارع فلا تحتاج لأي عمل عقلي .

2- استخراج العلل والمصالح من النصوص :

قد يتضمن النص الحكم ولكنه لا يتضمن بيان العلة – أي المصلحة أو المفسدة ، وهنا يكون للعقل دور كبير في التعرف على المصلحة أو المفسدة , فاذا وجد المجتهد المصلحة أو المفسدة المقصودة من شرع الحكم ، او استنبط وصفا ضابطا لها هو مظنتها ، فانه يعينها هي أو الوصف علة للحكم ، ثم يقوم بقياس ما يتجدد من الوقائع التي تتحقق فيها نفس المصلحة أو المفسدة على هذا النص. قال الإمام الغزالي : (الاجتهاد الثالث في تخريج مناط الحكم واستنباطه : مثاله : أن يحكم بتحريم في محل ولا يذكر إلا الحكم والمحل , ولا يتعرض لمناط الحكم وعلته , كتحريم شرب الخمر والربا في البر , فنحن نستنبط المناط بالرأي والنظر , فنقول : حرمه لكونه مسكرا , هو العلة , ونقيس عليه النبيذ , وحرم الربا في البر لكونه مطعوما , ونقيس عليه الأرز والزبيب ,

ويوجب العشر في البر فنقول : أوجبه لكونه قوتا , فنلحق به الأقوات , أو لكونه نبات الأرض وفائدتها , فنلحق به الخضروات وأنواع النبات , فهذا هو الاجتهاد القياسي) [242] .

فعلى سبيل المثال : إذا نص الشارع على تحريم الخمر , فإن المجتهد يستعمل عقله في استنباط المفسدة التي كانت علة التحريم , فإذا توصل بعقله إلى أن المفسدة هي الإسكار , فإنه يعين هذه المفسدة علة للحكم , ثم إذا عرضت عليه واقعة شرب أحد الأنبذة , فإنه يتحقق بعقله من وجود مفسدة الإسكار في هذا النبيذ , فإذا وجدها فإنه يحكم بتحريمه قياسا على الخمر .

وإذا نص الشارع على تحريم الخلوة بالأجنبية , فإن المجتهد يستعمل عقله في استنباط المفسدة التي كانت سبب هذا التحريم , فإذا توصل إلى أن هذه المفسدة هي أن الخلوة مظنة الزنا , لأنها مفضية إليه غالبا , فإنه يعين هذه المفسدة علة للحكم , ثم إذا عرضت عليه مسألة غرف الدردشة الخاصة بين النساء والرجال في الانترنت , فإنه يتحقق من كون هذه الغرف الخاصة بالدردشة فيها مفسدة الإفضاء إلى الزنا غالبا , فإذا وجد هذه المفسدة متحققة طبق عليها حكم التحريم قياسا على الخلوة بالأجنبية .

ولكن يشترط في العلة التي يستنبطها المجتهد بعقله أن تكون ملائمة , بمعنى أن تكون المصلحة أو المفسدة المستنبطة من قبل المجتهد لها أصل شرعي خاص أو عام ترجع إليه ، فإذا لم يكن لها هذا الأصل , فإنها لا تعتبر ولا تقبل في التعليل .

مثال العلة التي لها نص خاص : حديث (لا نكاح الا بولي) ، فهذا الحديث ينص على الحكم وهو ثبوت الولاية في النكاح ، ولكن هذا الحديث لم ينص على علة الحكم ، أي انه لم ينص على علة الولاية وانما تضمن الحكم فقط. فينظر المجتهد في النص ثم يستنبط العلة منه , ويجد ان العلة في هذا الحكم هي الصغر، ثم يجد ان هذه العلة لها نص خاص في الشرع , وهو في قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) النساء: 6. والذي ينص على أن الصغر علة للولاية . وعندئذ يرى المجتهد ان العلة التي استنبطها هي علة ملائمة , لأنها قد اعتبرت بالنص عليها كعلة في موضع اخر , وعندئذ يقيس على البكر الصغيرة ، الثيب الصغيرة ، والمجنونة ، لتحقق نفس العلة فيهما وهي الصغر أو العجز وعدم العقل .

ومثال العلة التي ترجع إلى قاعدة عامة : ان الشارع نص على تحريم الخلوة بالأجنبية ولم يتضمن النص بيان العلة التي شرع الحكم لأجلها , فيستنبط المجتهد بعقله أن العلة في التحريم هي مفسدة أن الخلوة مقدمة للزنا ومؤدية إليه , ثم يجد أن هذه المفسدة ليس لها أصل خاص ترجع اليه , أي لم ينص عليها كعلة في موضع آخر , وهنا فإن المجتهد يبحث عن أصل كلي أو قاعدة عامة يمكن رد هذه العلة إليها , فإذا لم يجدها فإنه عليه أن يقوم باستقراء الأحكام والنصوص التي تشترك في نفس معنى العلة وإن لم يكن في عينها , ويكون من هذه النصوص قاعدة عامة يرد العلة إليها , ففي حالة هذه العلة مثلا يجد المجتهد أن الشارع نص أيضا على تحريم قليل الخمر لأنه مقدمة للشرب والسكر، وهو من جنس مقدمات المحظور ، فيستنبط من هذه النصوص قاعدة عامة هي ان مقدمات المحظور محظورة ، ثم يجعل هذه القاعدة اصلا من اصول الشريعة يقيس عليها ما يجد من الوقائع، فاذا عرضت عليه مسألة الافلام والمواقع الخليعة في الانترنت مثلا ، فانه يحكم بتحريمها قياسا على هذه القاعدة . والذي قام به المجتهد في هذا النوع هو انه قام باستنباط علة جزئية , ثم قام باستقراء علل أخرى تشترك معها في نفس المعنى مأخوذة من عدة نصوص جزئية ، وجعل من المعنى الذي تشترك فيه هذه العلل قاعدة عامة أو اصل كلي يقاس عليه ما لا ينحصر من الوقائع .

3-استنباط الحكم للوقائع التي لم ينص عليها :

يتعلق هذا النوع بالوقائع الجديدة التي لم ينص الشارع عليها ولم ينص على نظائر جزئية لها , أي التي لا نص فيها لا على الحكم ولا على العلة ، والمجتهد يبحث في هذا النوع عن العلة والحكم معا , وليس عن العلة فقط كما في الأنواع السابقة , ولذلك فإن دور العقل في هذا النوع هو من أكبر الأدوار .

ومحل ذلك ان تعرض على المجتهد واقعة جديدة لا يوجد نص عليها في الشرع ، فيقوم المجتهد باستنباط العلة – المصلحة أو المفسدة منها ، ثم اذا كان لهذه العلة معنى عام ترجع إليه في الشرع ، فإنها تسمى مصلحة ملائمة ، و يجوز العمل بها شرعا، وينطبق عليها حكم القاعدة الكلية الذي تنتمي اليها ، اما بالجواز او بالمنع , أما إذا لم يكن يوجد للعلة قاعدة عامة ترجع إليها , فإنها تكون غريبة عن الشرع ومردودة لا تقبل .

مثال ذلك : حد الخمر هو مصلحة ترجع الى قاعدة كلية من قواعد الشرع ، وهي قاعدة اقامة مظنة الشيء مقامه ، لان الشرب مظنة للهذيان والقذف، فأقيم مقام القذف في الحكم، واستوجب بالتالي نفس الحكم وهو الجلد ثمانين جلدة .

والصحابة عندما واجهتهم جريمة شرب الخمر التي لم يكن لها حد شرعي او عقوبة ، اجتهدوا في ردها الى قاعدة او اصل عام من الشرع ، ولم يكتفوا بكون شرب الخمر يخل بمصلحة ضرورية عليا هي حفظ العقل ، وانما اجتهدوا في رد شرب الخمر الى جنس أقرب من نوع قاعدة او اصل شرعي ، وقد وجدوا هذا الجنس الاقرب في قاعدة اقامة مظان الامور مقامها .

وقاعدة اقامة مظنة الشيء مقامه هي قاعدة شرعية لم ينص عليها دليل معين ، ولكن تم استقرائها من جملة نصوص وادلة جزئية ، مثل النصوص الدالة على اقامة النوم الذي هو مظنة خروج الحدث مقام الحدث في وجوب الوضوء ، واقامة البلوغ الذي هو مظنة العقل مقام العقل في التكليف بأحكام الشرع ، وإقامة تغييب الحشفة الذي هو مظنة نزول الماء مقام الانزال في وجوب الغسل، وإقامة الوطء الذي هو مظنة شغل الرحم مقام شغل الرحم في وجوب العدة[243]، فهذه الادلة والنصوص استفيد منها معنى القاعدة ، وبالتالي العمل بها ورد الوقائع الجزئية إليها .

ويبين الامام الغزالي ذلك فيقول (فإن قيل فبأي طريق بلغ الصحابة حد الشرب الى ثمانين، فان كان حد الشرب مقدرا، فكيف زادوا بالمصلحة، وان لم يكن مقدرا وكان تعزيرا فلم افتقروا الى الشبه بحد القذف؟ قلنا: الصحيح انه لم يكن مقدرا، لكن ضرب الشارب في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنعال وأطراف الثياب، فقدر ذلك على سبيل التعديل والتقويم بأربعين، فرأوا المصلحة في الزيادة فزادوا، والتعزيرات مفوضة الى راي الائمة، فكأنه ثبت الاجماع انهم امروا بمراعاة المصلحة وقيل لهم، اعملوا بما رأيتموه اصوب، بعد ان صدرت الجناية الموجبة للعقوبة، ومع هذا فلم يريدوا الزيادة على تعزير رسول الله صلى الله عليه وسلم الا بتقريب من منصوصات الشرع، فرأوا الشرب مظنة القذف، لان من سكر هذي ومن هذي افترى، وراو الشرع يقيم مظنة الشيء مقام نفس الشيء، كما اقام النوم مقام الحدث، واقام الوطء مقام شغل الرحم، والبلوغ مقام نفس العقل، لان هذه الاسباب مظان للمعاني)[244].

4-الرد إلى المبادئ العامة :

معظم نصوص القرآن في باب المعاملات والجنايات هي مبادئ عامة وقوانين كلية , ولم يعتني القرآن بالتفاصيل إلا في جزئيات قليلة هي التي تتميز مصالحها أو مفاسدها بالثبات وعدم التغير , مهما اختلفت عليها البيئات والأزمان .

والسبب في أن القرآن قد اقتصر في الغالب على المبادئ العامة والقواعد الكلية هو أن هذه المبادئ والقواعد تستطيع ان تساير التطور في حياة الناس التي تتغير بتغير الزمان والمكان .

ودور العقل في هذا النوع من النصوص هو العمل على رد الوقائع الجزئية إلى هذه المبادئ العامة والقواعد الكلية وتطبيق حكمها عليها .

مثال ذلك النهي عن أكل أموال الناس بالباطل في قوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) النساء: 29 , فهو مبدأ عام يمكن أن يرد إليه كثير من الجرائم الواقعة على الأموال مثل السرقة وخيانة الأمانة وغصب الأموال والرشوة ونحوها .

5-صناعة القواعد :

إن من أعظم الأدوار التي يقوم بها العقل في مجال القانون الاسلامي هو الاستقراء لأدلة وأحكام الشرع , وذلك بأن يقوم المجتهد بتتبع علل الأحكام والنصوص الشرعية في مواضع مختلفة , ثم يستخلص من هذه العلل قاعدة كلية يطبقها على ما لا ينحصر من الوقائع الجزئية . وتعتبر القاعدة الكلية في هذه الحالة في قوة النص العام ، وتنطبق على المسائل والوقائع التي تندرج تحتها كما ينطبق النص العام سواء بسواء ، وذلك لأنها مأخوذة من عدة نصوص وأدلة جزئية شرعية .

يقول الامام الشاطبي (العموم اذا ثبت فلا يلزم ان يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل له طريقان:

احدهما: الصيغ اذا وردت، وهو المشهور في كلام اهل الاصول.

والثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن امر كلي عام ، فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ)[245].

ويقول (ولهذه المسألة فوائد تنبني عليها، اصلية وفرعية ، وذلك انها اذا تقررت عند المجتهد، ثم استقرئ معنى عاما من ادلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى ، لم يفتقر بعد ذلك الى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها وان كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرئ من غير اعتبار بقياس او غيره، اذ صار ما استقرئ من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة، فكيف يحتاج مع ذلك الى صيغة خاصة بمطلوبه؟)[246].

ويضرب الإمام الشاطبي مثالا على ذلك وهو قاعدة رفع الحرج ، والتي توصل العلماء إلى معناها من استقراء نصوص جزئية متعددة وكثيرة ، فيقول: (فكذلك اذا فرضنا ان رفع الحرج في الدين مثلا مفقود فيه صيغة عموم، فان نستفيده من نوازل متعددة خاصة، مختلفة الجهات متفقة في اصل رفع الحرج، كما اذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء، والصلاة قاعدا عند مشقة القيام، والقصر والفطر في السفر، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم، واباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو اعظم المشقات، والصلاة الى أي جهة كانت لعسر استخراج القبلة، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع ورفع الضرر، والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز منه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه، الى جزئيات كثيرة جدا يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج، فانا نحكم بمطلق رفع الحرج في الابواب كلها، عملا بالاستقراء، فكأنه عموم لفظي)[247].

خاتمة

تناول هذا الكتاب موضوع الفلسفة العامة للقانون الجنائي الإسلامي والأسس والمقاصد التي يرمي إلى تحقيقها , وقد عرض الكتاب لهذا الموضوع من عدة نواحي , الناحية الأولى هي الضوابط التي يلتزم بها المشرع عند قيامه بالتجريم , والناحية الثانية هي فلسفة المصلحة محل الحماية الجنائية , وأما الناحية الثالثة فهي الوسائل التي يتبعها المشرع المسلم لمواجهة الأفعال والوقائع التي تضر بمصالح الأفراد والمعيار الذي يعتمده المشرع لاعتبار فعل معين جريمة أو عدم اعتباره كذلك , والناحية الرابعة هي التقسيم المقاصدي للجرائم وفلسفة القصد الجنائي في الشريعة الاسلامية , والناحية الخامسة هي فلسفة العقل والنص في مجال القانون الجنائي الاسلامي .

في البداية تطرق الكتاب إلى الضوابط العامة التي تحكم سياسة التجريم والتشريع الجنائي الاسلامي بوجه عام ؛ وهي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص , ومبدأ الضرورة في التجريم , , فبين مفهوم هذه المبادئ وتطرق إلى الادلة عليها من نصوص الكتاب والسنة , كما تناول الكتاب مبدأ الابتعاد عن الهوى في التجريم , وقرر أن التجريم يجب أن يتم بمنأى عن اهواء الناس ورغباتهم وأن يرجع فيه فقط إلى الشرع , ثم ذكر الأدلة على هذا المبدأ كما سردها الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات .

وفي المبحث الثاني عرض الكتاب إلى فلسفة المصلحة محل الحماية الجنائية في الشريعة الاسلامية , فبين أن الشريعة الاسلامية تقصد تحقيق المصالح , وأقام الادلة على ذلك وشرح الأنواع الثلاثة للمصالح التي قصدت الشريعة تحقيقها وهي المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية , ثم حدد المصالح محل الحماية الجنائية والتي ينظر اليها في التجريم وهي المصالح

الضرورية , وتطرق المبحث الثاني أيضا إلى التنبيه على أن معرفة المصلحة او المفسدة في الفعل هو أمر يرجع إلى الشارع وليس إلى العقل .

في المبحث الثالث عرض الكتاب الوسائل التي يتبعها المشرع لمواجهة الأفعال والوقائع الغير مشروعة وتطرق إلى نظريتين رئيسيتين في سياسة التجريم في الشريعة الاسلامية , وهما نظرية التعزير , ونظرية مآلات الأفعال , وفي النظرية الأولى اهتم الكتاب بتقصي أصول التعزير في القرآن والسنة وذكر الأدلة عليه ردا على المستشرقين الذين أنكروا وجود هذه الأصول , ثم تطرق إلى بيان ضابط التعزير ومقاصده , وهو تجريم الاعتداء على المصالح الضرورية .

وأما نظرية مآلات الأفعال فقد تطرق الكتاب فيها إلى أهمية المقاصد في العقود والأفعال واختلاف حكمها تبعا لاختلاف مقصود الشخص منها إن حلالا فحلال وان حراما فحرام , وأقام الأدلة الكثيرة على ذلك من النصوص الشرعية وأقوال العلماء , ثم تناول الكتاب أهم تطبيقات نظرية مآلات الأفعال , وهي سد الذرائع ومبدأ الحيل , فذكر مفهوم هذه التطبيقات وادلتها والأمثلة عليها , وأهميتها في تجريم الأفعال والوقائع التي لا نص فيها .

ثم تطرق الكتاب إلى مبدأ تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة , فبين مفهوم هذا المبدأ وسرد الأدلة عليه , وذكر أمثلة على تطبيقه في مجال التجريم .

في مباحث الفصل الثاني حاول الكتاب أن يرسي اسس فلسفة المقاصد في القانون الجنائي الاسلامي , فقسم الجرائم إلى أنواع خمسة حسب المقاصد أو المصالح الضرورية الخمسة التي قصدت الشريعة تحقيقها , ثم ذكر انواع من الجرائم التي تندرج تحت هذا التصنيف , ومميزات التقسيم المقاصدي وفوائده .كما حاول الكتاب أن يعرض فلسفة القصد الجنائي في الشريعة الاسلامية بطريقة جديدة تضاهي النظريات الحديثة . وتطرق الكتاب إلى أسباب الإباحة ولكن من منظور مقاصد الشريعة الاسلامية محاولا ردها إلى القواعد والأصول الكلية التي تنتمي إليها وربطها بمقاصد الشريعة الضرورية أو المصالح الضرورية الخمسة .

الفصل الثالث والأخير تطرق إلى مكانة العقل في القانون الجنائي الاسلامي , وقد حاول الكتاب في هذا الفصل أن يعرض فلسفة العقل والنص في القانون الجنائي , وتطرق إلى مجال العقل في هذا القانون وحاول أن يرسم حدوده وأدواره المختلفة .

أسأل الله تعالى أن يكتب لي أجره وأن يتقبله خالصا لوجهه الكريم وأن ينفع به ويبارك بما جاء فيه إنه سميع مجيب .

والحمد لله رب العالمين

أحمد محمد المنيفي

قائمة بأهم المصادر

كتب التفسير

تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار محمد رشيد رضا، دار الفكر، الطبعة الثانية.

روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسابع المثاني، لابي الفضل شهاب الدين محمود الالوسي، القاهرة دار الحديث، ١٤٢٦ ه \ ٢٠٠٥ م.

كتب الحديث:

التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول، الشيخ منصور علي ناصيف، لبنان، دار الفكر، 1997.

عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، ابن العربي المالكي، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.

سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، حققه الألباني، الرياض، مكتبة دار المعارف، ط2، 2008 م.

المراجع العامة:

-حرف الالف-

الأحكام السلطانية أبي الحسن محمد بن حبيب الماوردي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989 م.

الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الاسلامية والقانون، عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مصر، دار النهضة العربية، 2004 م.

الإكليل في استنباط التنزيل، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق سيف الدين عبد القادر الكاتب، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1981 م.

الأمنية في إدراك النية، أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق ودراسة مساعد بن قاسم الفالح، الرياض، مكتبة الحرمين، ط1، 1988 م.

الاشباه والنظائر، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مصر، دار السلام، الطبعة الثالثة، ١٤١٧ ه، ٢٠٠٦ م.

إحياء علوم الدين، الإمام أبي حامد محمد الغزالي، مصر، المكتبة التوفيقية، بدون تاريخ.

ارشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، بيروت، دار الفكر، ط7، 1997 م.

أصول الفقه الاسلامي، لبدران ابو العينين بدران، الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، بدون تاريخ

اصول الفقه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، بدون تاريخ.

الاحكام في اصول الاحكام، علي بن محمد الامدي، علق عليه الشيخ عبد الرزاق عفيفي، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة الاولى، ١٤٢٤ ه \ ٢٠٠٣ م.

اعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية، لبنان، دار احياء التراث العربي، ط1، 2001.

-حرف الباء-

- البحر المحيط في اصول الفقه، بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، تحرير عبد الستار ابو رغدة، الكويت؛ وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية الطبعة الثانية، ١٤١٣ ه \ ١٩٩٢ م، اعادت طبعه دار الصفوة.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابي الوليد محمد بن احمد بن احمد ابن رشد، بيروت، دار ابن حزم؛ الطبعة الاولى؛ ١٤٢٤ ه\٢٠٠٣ م.

-حرف التاء-

- تعليل الاحكام، محمد مصطفى شلبي، بيروت، دار النهضة العربية،، ١٤٠١ ه / ١٩٨١ م
- التحقيق والبيان في شرح البرهان في اصول الفقه، على بن اسماعيل الابياري، قطر، وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، الطبعة الاولى، ١٤٣٤ ه / ٢٠١٣ م.
- التشريع الجنائي الاسلامي، عبد القادر عودة، القاهرة، مكتبة دار التراث، 2005 م.
- الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، الجريمة، محمد أبو زهرة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1998 م

-حرف الحاء -

- الحماية الجنائية للعرض، محمد زكي أبو عامر، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2011 م

-حرف الخاء-

- الخلاصة المسمى خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر، ابي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق امجد رشيد محمد علي، بيروت، دار المنهاج، ١٤٢٨ ه\ ٢٠٠٧ م.

-حرف السين-

- السياسة الشرعية والفقه الاسلامي، عبد الرحمن تاج، مطبعة دار التكاليف، مصر، الطبعة الاولى، ١٣٧٣ ه \ ١٩٥٣ م

-حرف الشين-

- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل والمسالك التعليل، ابي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق د حمد الكبيسي، الحمهورية العراقية، ديوان الوقف، بغداد، مطبعة الارشاد، 1971.
- شرح العضد على مختصر المنتهى الاصولي، لعضد الله والدين عبد الرحمن بن احمد الإيجي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، ١٤٢١ ه\ ٢٠٠٠ م.
- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، بيروت، دار الفكر، 2004 م.

-حرف العين-

- العزيز شرح الوجيز، ابي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٧، ١٩٩٧ م

-حرف الفاء-

- الفروق، لابي العباس احمد بن ادريس القرافي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، ١٤١٨ ه \ ١٩٩٨ م.
- في أصول النظام الجنائي الاسلامي، د محمد سليم العوا،
- الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية، محمد مصطفى شلبي، مصر، الدار الجامعية 1982 م

- حرف القاف -

3 قانون العقوبات، القسم الخاص، جلال ثروت، علي قهوجي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2011 م.

3 قانون العقوبات ـ القسم العام، عوض محمد، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1998 م.

3 قانون العقوبات – القسم العام، محمد زكي أبو عامر، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2012 م.

3 قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 2003 م

- القانون الجنائي الدستوري، أحمد فتحي سرور، مصر، دار الشروق، ط2، 2002 م.

-حرف الميم-

- الموافقات، ابي اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، تحقيق، ابو عبيدة مشهور حسن ال سلمان، دار ابن عفان، بدون تاريخ.

- المرافق على الموافق، ماء العينين محمد فاضل بن مامين، تحقيق أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن القيم، دار ابن عفان. بدون تاريخ.
- المستصفى من علم الاصول، ابي حامد محمد بن محمد الغزالي، بيروت، دار الارقم بن ابي الارقم، بدون تاريخ.
- المحصول في علم أصول الفقه، فخر الدين محمد بن عمر الرازي، تحقيق طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بدون تاريخ نشر.
- محاسن الشريعة في فروع الشافعية، لابي بكر محمد بن علي بن اسماعيل بن الشاسي القفال الكبير، بيروت، دار الكتب العلمية؛ الطبعة الاولى، ٢٠٠٧ م.
- مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، رءوف عبيد، دار الفكر العربي، ط 4، 1979 م.
- مالك، القاهرة، محمد ابو زهرة، دار الفكر العربي، ط ٤، ٢٠٠٢.
- مقاصد الشريعة الاسلامية، محمد الطاهر عاشور، دار سحنون للنشر، ١٤٢٧ ه \ ٢٠٠٦ م.
- المصلحة في التشريع الاسلامي، مصطفي زيد، مصر، دار اليسر للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1427 ه/ 2006 م
- محاضرات في مقاصد الشريعة، احمد الريسوني، القاهرة، دار الكلمة للنشر والتوزيع، ط3، 2014 م.
- مغني المحتاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، بيروت، دار الفكر، ط1، 2005 م

-حرف النون-

النظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، مؤسسة المعارف، مصر، ط3، 1997.

نهاية السول في شرح منهاج الاصول، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، عالم الكتب، بدون تاريخ

نشر البنود على مراقي السعود، عبدالله بن ابراهيم الشنقيطي، المغرب، وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، بدون تاريخ

نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، حسين حامد حسان، القاهرة، مكتبة المتنبي، ١٩٨١ م.

-حرف الواو-

5 الوسيط في المذهب، حجة الاسلام محمد بن محمد الغزالي، القاهرة، دار السلام، ط1، 1997 م.

Notes

[1←]

الأحكام السلطانية أبي الحسن محمد بن حبيب الماوردي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت،ط1، 1989 م، ص285.

[2←]

نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، حسين حامد حسان، مكتبة المتنبي، مصر، 1981 م، ص6، 7.

[3←]

،، النظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، مؤسسة المعارف، مصر، ط3، 1997 م، ص 3، 4.

[4←]

راحع في اسس التجريم في العصر الحديث: النظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، ص42 وما بعدها.

[5←]

راجع في المصلحة محل الحماية في هذه الجرائم: قانون العقوبات، القسم الخاص، جلال ثروت، علي قهوجي، ص 40، وما بعدها.

[6←]

النظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، ص 181.

[7←]

المرجع السابق، ص 180.

[8←]

روح المعاني ابي الفضل شهاب الدين الألوسي، دار الحديث، القاهرة، 2005 م، ج 8، ص 50.

[9←]

، البحر المحيط، الزركشي، ج 1، ص146.

[10←]

الإحكام، الآمدي، ج1، ص127.

[11←]

الموافقات،ج3، ص320.

[12←]

الزركشي، البحر المحيط، ج 1، ص146.

[13←]

الأمدي، الإجكام، ج1، ص127.

[14←]

الزركشي، البحر المحيط، ج 1، ص139 .

[15←]

المرجع السابق، ج1، ص 139.

[16←]

عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الاسلامي، ج1، ص 102، 103، وقد قرر الامام الغزالي أنه لا حرج عن الناس في افعالهم قبل البعثة، راجع: الغزالي، المستصفى، ج1، ص585.

[17←]

الامام الشاطبي، الموافقات، ج1، ص 137.

[18←]

الألوسي، روح المعاني، ج4، ص 26.

[19←]

مقاصد الشريعة الاسلامية، ص 201.

[20←]

استدل الامام الشوكاني بمعظم هذه الآيات على قاعدة: الاصل في الاشياء الاباحة، راجع: ارشاد الفحول، ص 472 – 474.

[21←]

السيوطي، الإكليل في استنباط التنزيل، ص27، محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج1، ص247.

[22←]

الألوسي، روح المعاني، ج1، ص308.

[23←]

رضا، محمد رشيد، تفسير المنار، ج1، ص247.

[24←]

الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 473، الألوسي، روح المعاني، ج 4، ص 388.

[25←]
الشوكاني، ارشاد الفجول، ص 472.

[26←]
المرجع السابق، ص 472، 473.

[27←]
الشاطبي، الموافقات، ج1، ص 127، 128.

[28←]
القانون الجنائي الدستوري، ص 151، 152.

[29←]
الموافقات، ج2، ص 31.

[30←]
الموافقات، ج2 ص 145.

[31←]
الموافقات، ج 2، ص 145، 146.

[32←]
الموافقات، ج2، ص 33.

[33←]
الموافقات، ج2، ص4.

[34←]
الموافقات، ج2، ص 260، الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية، ص 131،

[35←]
شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب، ص 319.

[36←]
شفاء الغليل، ص 162.

[37←]

الموافقات، ج2، ص260، 261، تعليل الأحكام، ص14، 15.

[38←]
راجع في هذه الأمثلة وغيرها، رسالة تعليل الأحكام، د محمد مصطفى شلبي، ص14 – 34. حيث استقصى المؤلف على نحو لم يسبق اليه تعليلات كثيرة من القرآن والسنة وعمل الصحابة والتابعين.

[39←]
قواعد الأجكام، ص33.

[40←]
شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب، ص319.

[41←]
الموافقات، ج2، ص 6.

[42←]
الموافقات، ج1، ص 28، 29.

[43←]
الموافقات، ج2، ص 42.

[44←]
الموافقات، ج2، ص 6.

[45←]
أورد الامام الشاطبي كثير مما تقدم في كتاب الموافقات، ج2، ص6، 7، 8.

[46←]
الموافقات، ج2، ص8.

[47←]
محاضرات في مقاصد الشريعة، الشيخ أحمد الريسوني، ص 193.

[48←]
الموافقات، ج2، ص8، 9.

[49←]
المستصفى، ج1، 639.

[50←]
الموافقات، ج2، ص 9.

[51←]
راجع في التفاصيل : الموافقات , ج2 , ص 9 , 10 , مع الهامش , وراجع أيضا : المستصفى , ج1 , ص637 وما بعدها , الإجكام في أصول الأحكام , الآمدي , ص 343 وما بعدها .

[52←]
الموافقات , ج2 , ص 10 .

[53←]
الموافقات، ج2، 30، 31، المرافق على الموافق، ص 171.

[54←]
الموافقات , ج1 , ص 59 .

[55←]
المستصفى، ج1، 637، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3، 343، نهاية السول، ج4، ص 84، شرح تنقيح الفصول، ص 304، التحقيق والبيان شرح البرهان، ج3، 121، نشر البنود، ص 180، قواعد الأحكام، ص 9،

[56←]
راجع أيضا في أن الاعتداء على المصالح الضرورية هو أساس التجريم في الاسلام، الجريمة، محمد أبو زهرة، ص25 وما بعدها، في أصول النظام الجنائي الاسلامي، د محمد سليم العوا، ص406.

[57←]
المستصفى، ج1، ص 637.

[58←]
راجع فيما تقدم: الموافقات، ج2، ص 20، 21، 22.

[59←]
الموافقات، ج2، ص31، وراجع أيضا شرحه، المرافق على الموافق، لماء العينين، ص 172.

[60←]
راجع في كل ما تقدم في هذه الفقرة: الموافقات، ج2، ص 33 وما بعدها.

[61←]
الموافقات، ج2، ص31، وراجع أيضا شرحه، المرافق على الموافق، لماء العينين، ص 172.

[62←]
نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، د حسين حامد حسان، ص 6، 7، 8.

[63←]
المستصفى، ج1، ص 636.

[64←]
هذه الامثلة للامام الشافعي في كتاب الرسالة.

[65←]
راجع في هذا النوع من الاجتهاد للمصالح الجديدة كتابي: منهج الحكم على المصلحة.

[66←]
الموافقات، ج1، ص66، 67.

[67←]
الموافقات، ج1، ص 26.

[68←]
الموافقات , ج2 , ص 150 , 151 .

[69←]
راجع في هذا المعنى : الموافقات , ج2 , ص 151 ,

[70←]
المرجع السابق , ص 151 , 152 .

[71←]
راجع : الموافقات , ج2 , ص 312 .

[72←]
الموافقات , ج3 , ص 173 , 174 .

[73←]
الموافقات , ج2 , ص 10 .

[74←]
في أصول النظام الجنائي الاسلامي، د محمد سليم العوا، ص 366.

[75←]
مغني المحتاج، ج4، ص 238.

[76←]
الوسيط للغزالي، ج، ص 511.

[77←]
العزيز شرح الوجيز للرافعي، ج 11، ص 287 -289.

[78←]
الفتاوي 28/344.

[79←]
الفتاوي، ج30، ص361.

[80←]
الفتاوي، ج28، ص 119، 120.

[81←]
اعلام الموقعين، ج1، ص 281، 282.

[82←]
في أصول النظام الجنائي الاسلامي، ص 366 وما بعدها.

[83←]
مغني المحتاج، ج4، ص 238.

[84←]
التاج الجامع للأصول، ج3، ص20.

[85←]
التاج الجامع للأصول، ج4، ص392، عارضة الأحوذي، ج7، ص 69، 70.

[86←]
سنن الترمذي / 1293.

[87←]
التاج الجامع للأصول، ج3، ص 33.

[88←]
المرجع السابق، نفس الصفحة، الهامش.

[89←]
التاج الجامع للأصول، ج3، ص 32.

[90←]
راجع في هذه الأنواع الثلاثة: أصول النظام الجنائي الاسلامي، ص 371 وما بعدها.

[91←]
الموفقات ج1، ص29.

[92←]
الموافقات ج3، ص253.

[93←]
الموافقات، ج3، ص 249.

[94←]
الموافقات، ج2، ص 13.

[95←]
الموافقات، ج2، ص16 وما بعدها.

[96←]
الموافقات، ج2، ص 14.

[97←]
الموافقات، ج2، ص 17، وما بعدها.

[98←]
الموافقات، ج2، ص 18.

[99←]
قواعد الأحكام، ص 378.

[100←]
الاحياء، الامام الغزالي، ج2، ص 477.

[101←]
مقاصد الشريعة الاسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، ص 78.

[102←]
شفاء الغليل، ص 210.

[103←]
الأمنية في إدراك النية، القرافي، ص141.

[104←]
اعلام الموقعين، ج3، ص 95.

[105←]
اعلام الموقعين، ج3، ص 84.

[106←]
الأمنية في إدراك النية، القرافي، ص 138.

[107←]

[108←]
اعلام الموقعين، ج3، ص 141.

[109←]
المرجع السابق، ص 140.

[110←]
المرجع السابق، ص 97.

[111←]
اعلام الموقعين، ج3، ص 96.

[112←]
الأمنية في إدراك النية، القرافي، ص 142، الأشباه والنظائر، السيوطي، ج1، ص 76

[113←]

اعلام الموقعين، ج3، ص 83.

[114←]
المرجع السابق، ص 94.

[115←]
المرجع السابق، ص 95، 96.

[116←]
الموافقات، ج2، ص 281، 282.

[117←]
راجع في كل ما ورد في هذه الفقرة: الموافقات، ج2، ص 282، المرافق على الموافق، ماء العينين، ص 311، 312.

[118←]
الموافقات، ج2، 283.

[119←]
الموافقات، ج4، ص 160.

[120←]
الفروق، ج3، ص 436.

[121←]
أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ص 228

[122←]
الفروق، ج2، ص 61.

[123←]
اعلام الموقعين، ج3، ص 117.

[124←]
الموافقات، ج2، ص296، وما بعدها.

[125←]
مالك، الامام محمد أبو زهرة، ص350، 351.

[126←]
مقاصد الشريعة، الامام محمد بن عاشور، ص 113.

[127←]
مالك، الامام محمد أبو زهرة، ص351.

[128←]
أصول الفقه، بدران أبو العينين بدران، ص 244، 245.

[129←]
مالك، الامام محمد أبو زهرة، ص352.

[130←]
اعلام الموقعين، ج3، ص 117.

[131←]
أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ص 228

[132←]
، مقاصد الشريعة الاسلامية، الامام بن عاشور، ص112

[133←]
أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ص 228

[134←]
الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية، محمد مصطفى شلبي، ص186، 187.

[135←]
السياسة الشرعية، الامام عبد الرحمن تاج، ص 69.

[136←]
اعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص 119.

[137←]
اعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص 120.

[138←]
اعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص 123 .

[139←]
المرجع السابق، ص 120 .

[140←]
المرجع السابق، ص 122.

[141←]
المرجع السابق، ص 122.

[142←]
المرجع السابق، ص 123.

[143←]
الموافقات، ج3، ص248 – 250.

[144←]
الموافقات ج4، ص64، 65.

[145←]
الموافقات، ج4، ص 165.

[146←]
الموافقات، ج2، 283.

[147←]
الموافقات، ج2، ص 285.

[148←]
المرجع السابق، ص 322، 323.

[149←]
المرجع السابق، ص 328، 329

[150←]
مقاصد الشريعة الاسلامية، الامام ابن عاشور، ص 106.

[151←]
المرجع السابق، ص 106.

[152←]
الموافقات، ج2، ص 323.

[153←]
روح المعاني للألوسي، ج 1، 395، 396.

[154←]
الموافقات، ج2، ص 324.، مع الهامش.

[155←]
المرجع السابق، ص324 .

[156←]
الكوكب الدري شرح صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، حديث رقم 2096.

[157←]
اعلام الموقعين، ج3، ص 98، 99.

[158←]
التاج الجامع للأصول، ج 2، ص336.

[159←]
الموافقات، ج2، ص 298.

[160←]
راجع في شرح الدليلين: الخلاصة للغزالي ص267، وهامش رقم 4،7 بداية المجتهد ج2ص571.

[161←]
نظرية المصلحة في الفقة الاسلامي ص576، وما بعدها، المصلحة في التشريع الاسلامي ص29، 30، مالك، ص340.

[162←]
الإحياء، الإمام الغزالي، ج2، ص107.

[163←]
نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، ص 234.

[164←]
مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، رؤوف عبيد، ص 228.

[165←]
قانون العقوبات القسم العام. محمد زكي أبو عامر، ص141

[166←]
الأحكام العامة للنظام الجنائي، عبد الفتاح الصيفي، ص 163.

[167←]
قانون العقوبات القسم العام، عوض محمد، ص 63

[168←]
المرجع السابق، ص 516، 517.

[169←]
راجع في ذلك وفي الأدلة على هذه القاعدة : الموافقات , ج2 , ص 208 .

[170←]
المرجع السابق , ص 210 .

[171←]
المستصفى , ج1 , ص 637 .

[172←]
المستصفى، ج1، ص 637.

[173←]
راجع على سبيل المثال: المحصول للرازي، ج5، ص 159 وما بعدها، الإحكام للآمدي، ج3، ص 343 وما بعدها، نهاية السول للأسنوي، ج4، ص 82 وما بعدها.

[174←]
الإحياء، ج4، ص 27.

[175←]
الاحياء، ج4، ص 27، 28.

[176←]
المرجع السابق، ص 27.

[177←]
المرجع السابق، ص28.

[178←]
المرجع السابق، ص 28.

[179←]
المرجع السابق، نفس الصفحة.

[180←]
المرجع السابق، 29.

[181←]
المرجع السابق، ص 29.

[182←]
المرجع السابق، ص 30.

[183←]
بداية المجتهد، ج2، ص 769 .

[184←]
راجع فيما تقدم وفي أنواع الاعتداءات على النفس: النظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، ص518،517.

[185←]
راجع فيما تقدم: الحماية الجنائية للعرض في التشريع المصري، محمد زكي أبو عامر، ص5-12.

[186←]
راجع فيما تقدم وفي أنواع الاعتداءات على المال: النظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، ص 532 -535.

[187←]
الموافقات، ج2، ص175، 176.

[188←]
الموافقات، ج2، ص 255، 256.

[189←]
الفروق، ج 2، الفرق السادس والثمانون، ص 233، 234.

[190←]
المستصفى، ج1، ص 636.

[191←]
المستصفى، ج1، ص 637.

[192←]
الموافقات، ج2، ص 6.

[193←]
الموافقات، ج2، ص 150، 152.

[194←]
الموافقات، ج3، ص 3-6.

[195←]
النظرية العامة للقانون الجنائي، ص858.

[196←]
قانون العقوبات القسم العام. محمد زكي أبو عامر، ص 230.

[197←]
المرجع السابق، ص 230، 231.

[198←]
قانون العقوبات القسم العام، عوض محمد، ص 212

[199←]
المرجع السابق. نفس الصفحة.

[200←]
الأحكام العامة للنظام الجنائي، مرجع سابق، ص 293.

[201←]
الموافقات، ج1، ص 115، 116.

[202←]
راجع في كل ما تقدم: الموافقات، ج1، ص 152، 153.

[203←]
المرجع السابق، ص 154.

[204←]
الوجود بين السببية والنظام، الياس بلكا، ص 49.

[205←]
المستصفى، ج1، ص

[206←]
قواعد الأحكام , ص 21 .

[207←]
الموافقات، ج1، ص 171.

[208←]
راجع في كل ما تقدم والأدلة عليه: الموافقات، ج1، ص 171، 172.

[209←]
الموافقات، ج1، ص 173.

[210←]
الموافقات، ج1، ص 184.

[211←]
الإحياء، الإمام الغزالي، ج2، ص 108، 109.

[212←]
الموافقات، ج1، ص 188.

[213←]
قانون العقوبات – القسم العام، عوض محمد، ص 267، 268. النظرية العامة للقانون الجنائي، رمسيس بهنام، ص935.

[214←]
المرجع السابق , نفس الصفحة .

[215←]
الاعتصام , ص 372 .

[216←]
متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم والغصب، باب من قاتل دون ماله، حديث رقم (2480).

[217←]
محاسن الشريعة، القفال الكبير، ص 594.

[218←]
الموافقات، ج2، ص 150، 151.

[219←]
المرجع السابق، ص 594.

[220←]
قواعد الأحكام , ص 77 .

[221←]
التاج الجامع للاصول ج2 ص195. رواه الثلاثة،

[222←]
المستصفى، ج1، ص642.

[223←]
راجع فيما تقدم تفصيلا: نظرية الاباحة عند الأصوليين والفقهاء، محمد سلام مدكور، ص 455 وما بعدها.

[224←]
قواعد الأحكام، ص 366.

[225←]
راجع في تفاصيل هذا التقسيم للمصالح الضرورية إلى عينية وكفائية: الموافقات، ج2، ص 150، وما بعدها مع الهامش.

[226←]
راجع في قاعدة تعارض المصالح والمفاسد والغاء المفسدة الجزئية بجانب المصلحة الراجحة: الموافقات، ج2، ص 10، 11، 12، وكذلك ص 316. وكذلك راجع المسألة السابعة من مقاصد المكلف في التكليف الخاصة بمن كلف بالقيام بمصالح غيره، ص 311 وما بعدها. وفي كل هذه الصفحات تأصيل للقاعدة وتطبيقات عليها.

[227←]
الموافقات , ج1 , ص 26 .

[228←]
الموافقات , ج3 , ص 31 .

[229←]
الموافقات , ج1 , ص 66 , 67 .

[230←]
الموافقات , ج3 , ص 34 .

[231←]
المستصفى , ج2 , ص 280 , وما بعدها .

[232←]
راجع : الموافقات , ج2 , ص 208 , وما بعدها , وكذلك ج3 , ص 39 .

[233←]
الموافقات , ج3 , ص 39 .

[234←]
الموافقات , ج3 , ص 40 .

[235←]
تعليل الاحكام ص13.اصول الفقة الاسلامي بدران ص165,ص166.

[236←]
الموافقات ج1 ص 410، 411 .

[237←]
الاحكام في اصول الاحكام،ج3.ص254.شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ص 255.

[238←]
اصول الفقة، د.بدران ص166.

[239←]
نهاية السول في شرح منهاج الأصول، ج 4 ص 260 وما بعدها، الاحكام ج 3 ص 255 وما بعدها، تعليل الأحكام، ص 135 وما بعدها، اصول الفقه، بدران، ص 168، مباحث العلة في القياس، ص 106.

[240←]
شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، ص266.

[241←]
علم أصول الفقه , عبد الوهاب خلاف , ص 76 .

[242←]
المستصفى , ج2 , ص 286 .

[243←]
شفاء الغليل ص213, 214.

[244←]
المستصفى، ج1،،ص648, 649.

[245←]
الموافقات، ج4, ص57.

[246←]
الموافقات ج4, ص64, 65.

[247←]
الموافقات ج4،ص57.